Law Reform Commission of Canada
Commission de reforme du droit du Canada

ORIGINS OF WRIT OF ASSISTANCE SEARCH IN ENGLAND, AND ITS HISTORICAL BACKGROUND IN CANADA

by

Maurice H. Smith

Canada

ORIGINS OF WRIT OF ASSISTANCE SEARCH IN ENGLAND, AND ITS HISTORICAL BACKGROUND IN CANADA

A Study Paper prepared for the

Law Reform Commission of Canada

by

Maurice H. Smith

Le titre de la version française est:

L'origine du mandat de main-forte en Angleterre
et son historique au Canada

Limited Edition
(C) Minister of Supply and Services Canada 1984
Catalogue No. J32-3/35E
ISBN 0-662-13158-4

CONTENTS

		Page
Introduction		1
Part I:	Beginnings	7
1.	Focus	7
2.	The Writ of Assistance: Preliminary Inspection	8
3.	The Act Bespeaking the Writ	10
4.	Doctrinal Provenance of the Writ	11
5.	Exchequer Issuance of the Writ	14
6.	Rationale of the Writ	15
7.	Prehistory of Writ of Assistance Search	17
8.	A Constitutional Meditation	19
9.	Common-Law Influences on the 1662 Legislation	19
10.	The Begetter?	22
Part II:	Legislative Legerdemain	25
1.	Scope of the 1662 Provision	25
2.	Conditioning	26
3.	Fog Signal	27
4.	The Act of 1696	29
5.	Dénouement	31
Part III:	Transplant	37
1.	The Townshend Enactment in Prospect	37
2.	The Townshend Enactment	39
3.	A Trick of the Trade	40
4.	More Finesse	42
5.	Error of Omission	43
6.	A Cornerstone	46
Part IV:	Mutation	47
1.	Hark-Back to 1767	47
2.	The Writ as It Began in Canada	48
3.	The Slip Showing	49
4.	The Slip Compounded	52
5.	Legislative Fog Yet Again	54
6.	The Legacy of 1825	56

Page

7. The Canadian Matrix 57
8. A Twitch of Atavism? 59
9. The Nub of the Modern Canadian Writ 60
10. A Secret Stumbled Upon? 61
11. Writs of What Assistance? 62
12. Legislation on the Loose Again 63
13. Root of the Rot 64

Part V: Retrospect from Limbo 65

1. Historical Miscellanea 65
2. A Job Skimped? 68
3. Tools Too Few 70

Appendix A: Writ of Assistance (English), Mid-Eighteenth Century 75

Appendix B: Case for the Opinion of Attorney General William De Grey "touching the Granting Writts of Assistants in America", 1768 79

Appendix C: Form of Writ of Assistance for British North America, 1768-69 83

Endnotes 89

ACKNOWLEDGMENT

My thanks are offered to the Canadian and United Kingdom archival institutions and their staffs, and also to the Massachusetts Historical Society, upon whose generous help I have been heavily dependent.

M.H.S.

Broxbourne, England

INTRODUCTION

This paper describes the English origins of the wide and peremptory power to search private premises, identified with the writ of assistance; its introduction into British North America; and its provenance in current Canadian federal law.

Part I tells how writ of assistance search began, in customs enforcement; how, with the conciliar jurisdictions formerly sustaining them no longer available, customs powers to seek out smuggled goods ashore were established by statute in the Restoration period. Single-instance search warrants for undutied goods were authorized by a stop-gap Act in 1660. Writ of assistance search, altogether more novel juridically, arrived in 1662, with section 5(2) of the Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in his Majesty's Customs, a compendium of customs enforcement law usually known as the Act of Frauds, 1662.

Section 5(2)'s power of search, conferred upon "Persons authorised by Writ of Assistance", was to father much misunderstanding. The writ it spoke of was not among the various kinds of writs of assistance already in being. It added to them, as an instrument which bade practically everyone in the kingdom facilitate the customs officer's search. Especially in point would be the local peace officer whose attendance - "assistance" in contemporary usage - section 5(2) went on to make another precondition of the search (probably the more substantive condition, indeed). Essentially a mandate for assistance, the writ deployed under the 1662 Act manifestly was not the source of the search power. A contrary notion, that the writ of assistance was like a search warrant, has been encouraged to persist by an accident of language. Section 5(2)'s "Persons, authorised by Writ of Assistance" signified identity vouched for by the writ. Used in this sense, now long obsolete, "authorised" has helped mask the truth that the search power involving a writ of assistance stemmed from the statute direct.

Sanction for this newly begotten writ of assistance was in a common law doctrine, propounded by Coke as "a secret in law", by which writs might be invented for the better implementation of a public Act of Parliament, "according to the force and effect of the act". The Act of

Frauds, 1662, bespoke the writ of assistance in section 5(2); validation for the actual content of the writ was in section 32, wherein was an almost universal obligation to assist in customs law enforcement.

Part II considers further legislative curiosities, all impacting on British North America. Prominent among them, section 5(2)'s definition of what writ of assistance search was targeted upon: "any Kind of Goods or Merchandize whatsoever, prohibited and uncustomed". Only at a very implausible pinch could the "and" be read disjunctively. However else they might offend - duty evasion, even - goods were not legally susceptible of writ of assistance search unless they were a prohibited import or export. A formula thus limited was suitable in 1662: the customs were in farm, and governmental concern was less with revenue protection than with maintaining the infant system of imperial shipping and trade regulation, the matrix of most prohibitions. Yet, when the customs were returned to Crown management in 1671, the now inappropriately constrictive definition was not broadened to include goods simply undutied. Perhaps, with strict construction of section 5(2) more theory in lawyers' chambers than practice at the ports, there seemed no real need. There was a price for this neglect, however, when English-style customs enforcement was planned for the colonies. A blind eye towards workaday sub-legality was one thing; to legislate as if it did not matter, quite another. To adjust the deficient formula openly, though, would be to invite retribution for all those sub-legalities: the total damages liability could be enormous. The 1696 Act of Frauds - in full, the Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade - coped with the problem by fudging it. Discernible far down in section 6, an uninviting mass of prolixity, were references from which an impression could be formed that, together with miscellaneous other enforcement powers originating in the 1662 Act, writ of assistance search would operate in the colonies. But it was only an impression. Indeed, such was the fractured syntax of what little section 6 actually spelt out on the subject that it was impossible to extract any certain meaning whatever.

The artistry succeeded rather well. Seventy years were to pass before it came unstuck; without falling wholly apart even then. The construction had gained acceptance in America that writ of assistance search was what the 1696 Act intended (witness James Otis' famous polemic against the Massachusetts writ, in 1761). In 1766, however, judicial

puzzlement in Connecticut led to a pronouncement from the English attorney general to very different effect. It centred upon yet another peculiarity in section 5(2) of the Act of Frauds, 1662: the writ of assistance was to be "under the Seal of His Majesty's Court of Exchequer". Nothing else would do, it was insisted; not even the seal of a colonial court with exchequer jurisdiction. And since the process of the Court of Exchequer did not extend to the colonies, writ of assistance search could have no lawful place there.

Incredulous indignation in the Treasury notwithstanding, there was nothing for it but remedial legislation. A convenient vehicle was Charles Townshend's extensive revamping of the colonial customs system in 1767. The onset of the new search provision, section 10 of the Revenue Act, 1767, is described in Part III.

Professedly for the obviation of doubt (a dodge different from that of 1696, but likewise designed to head off lawsuits over searches now appearing to have been unlawful), section 10 went straight to the jurisdictional problem. In future, writs of assistance would be issuable by a colonial superior or supreme court. And opportunity was taken for another, less pressing, adjustment. Incorporating by reference various relevant provisions of the still basic 1662 Act, the section finessed the inadequate "prohibited and uncustomed" formula (denoting the things susceptible of writ of assistance search) into a more commodious "prohibited or uncustomed".

That the power of search contemplated by section 10 was intended as a general one - and the writ of assistance to match - is certain, if only from the combativeness British authority was to show towards a disposition in some colonies to limit the writ, and hence the search power, to a specified occasion. Section 10 was silent on this vexed point. It would have done better actually to spell out that it was providing for a search power general in scope.

Part IV considers further textual defectiveness in section 10, and its implications for later law in Canada. In particular, and most important, section 10's provision for "writs of Assistance, to authorise and impower the Officers of His Majesty's Customs ... to search": which, drawing upon the original formula's "Persons, authorised by Writ of Assistance ...", missed the fact that in 1662 "authorised" also meant "vouched for". British attempts to

neutralize the blunder met with greater success in northern colonies than in those to the south. Even so, the wording of Canadian writs soon came to reflect the meaning suggested by the wording of section 10. Eventually a hybrid writ emerged, which both authorized search and compelled assistance.

In 1825 major legislative change occurred again, in the form of an Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad. This Act replaced all former legislation, and by section 53 provided for search "under Authority of a Writ of Assistance". This subtle change in statutory language - which reappeared in superseding legislation in 1833 - might have had a dual purpose: to permit the continuance of extant writs and to leave room for a doctrinal re-orientation of the writ on its original base.

One of the first efforts of the Canadian Parliament in this field is seen in the Customs Act of 1867. Section 92 provided for writ of assistance search; the provision, however, seems closer to the 1767 model than to that of 1662 in suggesting the source of authority. Modern Canadian statutes - the Customs Act, Excise Act, Narcotic Control Act and Food and Drugs Act - appear to reinforce the notion that authority derives from the writ.

This view was controverted in 1965 by Jackett P. in the In re Writs of Assistance case, where he stated that authority was derived only from the statute, and not through the writ or from the court. This judgment appears to have brought the writ back to its original character as a species of identity card, and to the theory propounded by Coke. However, with the exception of writs issued under the Excise Act, modern Canadian writs - and their statutory bases - lack a requisition for assistance. Its absence may stem from the legislation of 1825, which, in sweeping away all prior enactments on the subject, failed to provide a replacement for the original section 32 of the 1662 Act of Frauds.

In Part V, the theme of Part III is elaborated further. The coherence of the original legislation has been diminished through historical evolution, leading to the existence of various anomalies in the present form of writ. The root of much of this error may be the legislation of 1767, whose unfortunate wording gave rise to much confusion surrounding the nature of writs of assistance.

The lack of material on this subject - specimen writs, cases and texts - may be due to the circumspection with which writs have actually been used, and may have contributed to the separation of writs from their original doctrinal roots. Seen particularly in light of Coke's "secret in law", the modern writ appears to have evolved from its original base - a device to facilitate the implementation of legislation - to an instrument that resembles a source of authority in its own right.

PART I

BEGINNINGS

1. FOCUS

The year 1767 brought extensive changes in the customs regime of British North America. Hitherto the imperial system of shipping, trade and revenue regulation had been a responsibility, as much in the colonies as in England itself, of the English board of customs commissioners in London. Now, at the initiative of Charles Townshend, Chancellor of the Exchequer (though not for long: Townshend was to die before his measures took effect), Westminster legislated for a separate American board of customs commissioners, to be located at Boston, and for a modest set of new import duties for them to manage. There was also this provision in the Revenue Act of 1767:

> [W]rits of Assistants, to authorise and impower the Officers of his Majesty's Customs to enter and go into any House, Warehouse, Shop, Cellar, or other Place, in the British Colonies or Plantations in America, to search for and seize prohibited or uncustomed Goods ... shall and may be granted by the ... Superior, or Supreme Court of Justice having Jurisdiction within such Colony or Plantation....[1]

It was with this that the history of the writ of assistance - a more usual spelling than "assistants" - began in Canada.

History at large has concentrated more on the writ of assistance in the breakaway colonies to the south. Urged by advice from the law officers of the Crown in England, American customs commissioners sought to badger the various colonial judicatures into issuing writs of assistance that were general in form and thus available to set in motion a search for smuggled goods, as and where the customs officer might think fit. Little success attended these efforts, because of equivocal inaction, or, at least as often, plain refusal by the court to issue these new-fangled instruments of customs law enforcement - for in most colonies the writ of assistance had been quite unknown - otherwise than by reference to a sworn statement specifying

a particular building and a particular occasion. Of course, all this was in the wake of the noisy parliamentary and judicial anathemas in England, having to do with John Wilkes, against general search warrants; and it undoubtedly owed something to the inspiration of those excitements. But there were echoes as well of an earlier controversy in America, which involved the writ of assistance itself, when James Otis had striven (in vain) to rid his province of the general writ that local official and judicial zeal had teased out of older customs statutes; a controversy in which John Adams was to discern the birth of "the child Independence".[2] Both as the target of Otis's attack in 1761 and as the subject of intercolonial defiance in the post-Townshend years, the general writ of assistance has become a standard element in the history of the United States. It imparts to that country's institutionalized aversion to peremptory powers of search, expressed most notably in the Fourth Amendment to the Constitution,[3] a distinctively American flavour.

In Canada the legacy has been different. Here, powers of entry and search with writ of assistance have survived, almost flourished. They are not only in customs law nowadays, but excise and drugs control law as well;[4] nor are they absent from provincial legislation. With upwards of two hundred years' continuous, not to say burgeoning, existence, writ of assistance search seems to have taken firm root in Canada.

Transplanted root, that is. The originating Townshend legislation of 1767 had a history of its own, in England.

2. THE WRIT OF ASSISTANCE: PRELIMINARY INSPECTION

Reproduced in Appendix A is the text of an English writ of assistance issued late in the reign of George II. It showed up in Nova Scotia in the spring of 1768,[5] an opening stage in the American customs commissioners' long campaign to educate or persuade colonial judicatures into satisfactory compliance with the 1767 enactment. (Not improbably, it is the earliest English text of a writ of assistance still extant.)

Soon afterwards, when the Treasury at Westminster had been told of the difficulties the commissioners were experiencing in many of the colonies, they dispatched across the Atlantic an opinion, dated August 20, 1768, by the Attorney

General of England, William De Grey. This also is reproduced in full, in Appendix B, the foremost reason being that it is the most authoritative pronouncement on the juridical and practical provenance of the customs writ of assistance ever to have appeared.[6] Attorney General De Grey had played a decisive role in the inception of the 1767 enactment, as later pages will elaborate; and it was a role uneven in quality. By August 1768, however, his thinking was in better order, and the opinion he delivered at that time will be drawn upon again and again.

It is convenient at this stage to notice a corrective he administered to the notion (which has remained exceedingly resilient, nevertheless) that the customs writ of assistance was of the nature of a search warrant, a document that in itself constituted the customs officer's authority to make his way in and search. Said De Grey, in 1768:

> [T]he Power of the Custom-House Officer is given by Act of Parliament, & not by This Writ, wch. does nothing more than facilitate the Execution of the Power by making the disobedience of the Writ a Contempt of the Court; The Writ only requiring all Subjects to permit the Exercise of it & to aid it.

The fact that the writ of assistance did no more for the customs officer than order help for him can be seen, by anyone up to it, from a reading of the George II writ already mentioned. Stripped of its repellent verbosity, it simply amounts to a directive, in the name of the King, that the generality of naval, military and civic functionaries, and the public at large, turn to and further the work of the customs man.

A tendency of the last few paragraphs has been to speak of the customs writ of assistance. Accordingly, the reader may have been alerted to the discommoding fact that there are, or have been, other writs of assistance besides the customs writ. The centuries have produced a miscellany of instruments, having nothing whatever to do with customs enforcement and bearing no substantive relation even to one another, known as writs of assistance. Some of these pertained to the duties of a sheriff; for example, ordering him to assist a debtor to the King in recovering money that the debtor himself was owed, so that he in turn might pay the King; or to assist in levying executions for which his predecessor in office was accountable.[7] There was also a

document, sometimes called a writ of assistance, by which judges and the law officers of the Crown were required to attend the House of Lords at the opening of a Parliament (here, "assistance" perhaps smacked of an old meaning it had: a collection of persons merely present, who were not expected to render anything in the nature of active participation). Conceivably, uninventive nomenclature bears some responsibility for the error and confusion that occasionally blight commentary on the customs writ of assistance, even today.

3. THE ACT BESPEAKING THE WRIT

Attorney General De Grey's 1768 opinion was explicit in stating that the power of entry and search associated with the customs writ of assistance derived, not from the writ itself, but from "Act of Parliament". The act referred to was the Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in his Majesty's Customs of 1662,[8] usually known as the Act of Frauds, section 5(2) of which read thus:

> And it shall be lawful to or for any Person or Persons, authorised by Writ of Assistance under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer, to take a Constable, Headborough or other publick Officer inhabiting near unto the Place, and in the Day-time to enter, and go into any House, Shop, Cellar, Warehouse or Room, or other Place, and in case of Resistance, to break open Doors, Chests, Trunks and other Package, there to seize, and from thence to bring, any Kind of Goods or Merchandize whatsoever, prohibited and uncustomed, and to put and secure the same in his Majesty's Store-house, in the Port next to the Place where such Seizure shall be made.

In fact, it was here that the customs writ of assistance was first brought forth.

A line of questions occurs at once. If the writ of assistance was different from a search warrant, in that it commanded not a customs officer to search but everyone at large to facilitate a search, how did the statute come to speak of the searcher being "authorised" by it? Was not this very much the same as saying that it was to the writ that the searcher looked for his power, his authority? How, in face of the wording of section 5(2), could Attorney

General De Grey have stated that "the Power of the Custom-House Officer is given by Act of Parliament, & not by this Writ"? The answer is not altogether obvious (indeed, and as will become evident later on, its elusiveness has had great importance in the transplantation of writ of assistance search into British North America).

It is to be found in an accident of language. When the Act of Frauds of 1662 spoke of someone "authorised" it was using the word in the sense, soon to become obsolete but in the seventeenth century still current, of his being vouched for. As the De Grey opinion of 1768 was to put it,

> The Writ is a Notification of the Character of the Bearer to the Constable & others to Whom he applies & a Security to the Subject agst. others Who might pretend to such authority.

Until well into the eighteenth century, writs of assistance were issued by the King's Remembrancer, an official of the Court of Exchequer who handled such business, in the form of a large sheet of vellum the more or less Latin text of which was set forth in an elegantly stylized but practically indecipherable variant of Chancery hand, the whole embellished by an ornate portrait of the monarch and, suspended from a stout plaited cord, a massive wax seal. Depiction of so formidable a document as merely a species of identity card seems a little queer, but in principle it was accurate enough.

The main point is established, in any case. Properly understood, section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 conferred its power of entry and search directly. Its requirement that the searcher have a writ of assistance no more meant that the power was devolved through the writ than the companion pre-condition meant that it was somehow channelled through the attendant peace officer.

4. DOCTRINAL PROVENANCE OF THE WRIT

There is another, quite different, regard in which the draftsmanship of section 5(2) has proved misleading. And to a chief justice at that. Lord Tenterden C.J., in one of the very few reported English cases touching on the customs writ of assistance, said this:

> A writ of assistance is certainly an ancient writ. It is mentioned in the statute 13 & 14 Car. 2, c. 11, s. 5. It was probably in the same form at that time as at the present, and it seems to be mentioned in that statute as a matter then known and in use, but whether precisely in the same form as at present, has not been ascertained.[9]

With respect, as the saying goes, the learned chief justice was not at his brightest here. True, section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 read as though the writ of assistance was already on hand among the antiquities of the law, waiting to be dusted off and brought into service. But would there not have been something unconvincingly providential about a writ so conveniently tailored to the 1662 legislation being already in existence? Furthermore - and black mark again, Tenterden[10] - a writ angled to a power of search for smuggled goods scarcely could have been "ancient", when the only things for which a power of search was available under the common law were things that had been stolen.

A kind of ellipsis in section 5(2) masked the fact that the writ of assistance was no older than the 1662 Act itself. The more so, perhaps, because how such a thing could be so newly begotten was none too obvious. And it may be as much intriguing as immediately illuminating to see the 1768 opinion of Attorney General De Grey pronouncing the writ "founded upon the Common Law" (a circumstance to which the Latin of the first few generations of the writ bore witness). De Grey, too, might have made himself plainer. What he was getting at was a little-known common-law doctrine that Coke's Third Institute expounds as follows:

> And here is a secret in law, that upon any statute made for the common peace, or good of the realm, a writ may be devised for the better execution of the same, according to the force and effect of the act.[11]

It remains to consider, in the round, how this "secret in law" formed the basis for the customs writ of assistance.

In part, of course, it is self-evident. That the writ was "for the better execution" of the entry and search provision in section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 is established by section 5(2) having explicitly bespoken it. This is not all, however. The De Grey opinion stated that

"disobedience of the Writ" was "a Contempt of the Court". Disobedience could consist only in an addressee of the writ - one of the infinite multitude - refusing or neglecting to render the customs officer the aid and assistance the writ requisitioned. There was nothing corresponding to this in section 5(2), which did little more than enunciate a power of entry and search and various conditions or whatever hedging it about. For "the force and effect of the act" sustaining the writ's directives for aid and assistance - the writ itself, in fact - it is necessary to look elsewhere in the 1662 Act. It is with section 32 of the Act that the writ falls fully into place:

> And be it further enacted and ordained, That all Officers belonging to the Admiralty, Captains and Commanders of Ships, Forts, Castles and Block-houses, as also all Justices of the Peace, Mayors, Sheriffs, Bailiffs, Constables and Headboroughs, and all the King's Majesty's Officers, Ministers and Subjects whatsoever whom it may concern, shall be aiding and assisting to all and every Person and Persons which are or shall be appointed by his Majesty to manage his Customs, and the Officers of his Majesty's Customs, and their respective Deputies, in the due Execution of all and every Act and Thing in and by this present Act required and enjoined....

Here was the substantive statutory backing that common-law doctrine - Coke's "secret in law" - required for the customs writ of assistance to be brought into being.

Words of Maitland are in point: "the fact that a writ was penned, and that it passed the seal, was not a fact that altered rights ... it had still to run the gauntlet in court, and might ultimately be quashed as unprecedented and unlawful".[12] A writ calling for aid and assistance to the customs officer might bear the seal of the Court of Exchequer in accordance with section 5(2) of the Act of Frauds of 1662, but, without the authenticating text of section 32, it would have been nothing more than a piece of ornamented penmanship from the office of the King's Remembrancer. However impressive to look at, it would not have answered to the common-law doctrine upon which it depended and no court could lawfully have punished disobedience of it.

5. EXCHEQUER ISSUANCE OF THE WRIT

The customs writ of assistance was bespoken by section 5(2) of the Act of 1662 as "under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer".

In the ordinary course, writs invented under Coke's "secret in law" would have issued from the Chancery under the great seal. What section 5(2) did was to authorize - indeed, require - a variation from this norm in the case of the writ of assistance it contemplated. The general requisition for assistance laid down by section 32 of the 1662 Act could have sustained a writ under the great seal or any other accredited seal; for the purposes of a section 5(2) entry and search, however, only a writ under the Exchequer seal would suffice.

One reason for this may have been that the customs had a traditional, almost organic, link with the Exchequer and its court. Customs seizures were adjudicated in the Court of Exchequer; customs officers, if prosecuted, were tried there; and so forth. So it may have seemed natural and fitting that this new instrument for facilitating customs enforcement work should belong there as well.

There is an altogether likelier possibility, however. It is that section 5(2) prescribed the Exchequer seal, ousting the great seal (which silence on the subject would have let in, perhaps exclusively), because of the great seal's territorial limitations. Writs under the great seal did not run in Wales or in all those regions of England, jurisdictionally as well as geographically remote from Westminster, known as counties palatine. Writs under the Exchequer seal, on the other hand, were good everywhere in the country. The advantage would not have been overlooked in the preparation of section 5(2).

A note in passing: the seal of the Court of Exchequer had territorial limitations of its own. Indeed, and as will be seen later on, the fact that its authority did not extend to the colonies was to have important implications for writ of assistance search in British North America. But that was not a problem in 1662.

6. RATIONALE OF THE WRIT

Declaimed William Pitt the elder:

> The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail - its roof may shake - the wind may blow through it - the storm may enter - the rain may enter - but the King of England cannot enter - all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement.[13]

Rather overblown in manner, perhaps, but the emphasis was fair enough. A strong common-law tradition available for eighteenth-century libertarianism to nourish itself upon was beady-eyed antipathy towards invasions of hearth and home. It probably had to do with the common law's ancient preoccupation with maintenance of the peace: few things were more apt to cause violent disturbance than intrusion upon a man's household and family.

The 1660s for some reason - recent memories of the rough methods of Cromwell's major-generals, perhaps - seem to have been a period of especially abrasive sensitivity to unwanted domestic visitations by agents of government. Evidence of this exists in plenty; but none so telling as a 1661 royal proclamation which went almost so far as to apologize to the nation at large for numbers of the King's soldiers, in search of insurrectionist arms, having made their way into the houses of suspected republicans (not everyone rejoiced at the royal restoration). In future, said the proclamation, any such searches would take place only under a lawful warrant. And there was a further promise: the warrant would be "directed to some Constable, or other known Legal Officer".[14] The principle is not hard to see. If the call to open up came from someone whom the householder would in all probability recognize as the local constable, the chances of his putting up a combative resistance would diminish; he would see that the demand for admittance was in order and not a ruse for a robbery.

That same principle was at work in section 5(2) of the Act of Frauds of 1662, which laid down that the customs man with a writ of assistance should be accompanied by "a Constable ... or other Publick Officer inhabiting near unto the Place". At work at one remove, as it were. Here it could not be assumed with reasonable safety that the customs man would be recognized on sight for what he was; let the

desired reassurance be provided, then, by the familiar face of the local peace officer who came with him. "The spirit of all the revenue laws is, that the accompanying officer must be an officer of the place, that the subject may not be unreasonably terrified at his house being entered ... by mere strangers". So said Blackstone J. (he of the Commentaries), reviewing, long afterwards, enactments such as section 5(2).[15]

It was one thing to legislate, as did the 1662 Act, an obligation upon all manner of constables and so forth to aid and assist the customs man (and even to provide, as in section 32 of the Act, for them to be "defended and saved harmless" in the event of the venture aborting and proving tortious). It was quite another thing to persuade the real-life, but part-time and unsalaried, constable down on the farm or wherever to drop his ordinary work and go along like the customs man said, even if the customs man had somehow procured a print of the actual legislation: the constable might well be illiterate anyway. A writ of assistance, however, was something else. Not that the constable would have been better able to read it, of course. On the contrary: none but an expert could decipher that fancy handwriting, and the truncated Latin (penmen of such instruments habitually made life easier for themselves by omitting case-endings) could scarcely be read at all. In fact, judged by what it actually said, the customs writ of assistance in its early format had little going for it as an article of utility. However, one remembers not only the cabbalistic script and the chopped-off Latin but equally the rich vellum, the royal portrait and the enormous dangling seal. The writ did not put itself across well in words, but it was an effective "Notification of the Character of the Bearer" (Attorney General De Grey's designation)[16] for all that, by virtue of sheer visual impact. An accreditation as charismatic as this marked the bearer as a man to be heeded. It would be a bold constable who refused to take the customs officer's word for what it was all about.

The same applied to the owner of premises to be searched, to whom (again according to Attorney General De Grey) the writ was "a Security" against impostors. And it perhaps is arguable that the writ of assistance signified an obligation upon him to let the customs officer in, under the general requirement, applicable to him no less than to practically everyone in the country, that the customs officer's activities be facilitated. If he was given the impression that the highly ornamented document presented by

the customs officer were some kind of general search warrant, there was a sense in which he had not been altogether bamboozled.

In 1731 an Act was passed[17] which signalled the end of Latin and of Chancery hand in instruments such as the customs writ of assistance. In future they would be in legible English. Yet, as the George II specimen in Appendix A shows, the writ of assistance continued to present the appearance of something more to be daunted by than actually perused and understood. Even a person fully able to read would be unlikely to put himself to the stupefying labour of ascertaining by his own efforts precisely what those countless lines of unpunctuated text were saying to him. Few they would be who, faced with the writ of assistance in its modernized format, were not as ready as before to accept the customs officer's story of what it meant.

7. PREHISTORY OF WRIT OF ASSISTANCE SEARCH

For all its novelty, involving indeed "a secret in law", customs search with writ of assistance as contemplated by the Act of Frauds of 1662 was not without antecedents of a sort.

These had nothing to do with a recent precursor on the statute book, an Act of 1660,[18] scheduled to expire within a matter of months, which authorized the granting of search warrants for the seizure of undutied goods. That temporary measure aside, section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 was the first substantive provision for customs search to be made by statute; even the weighty customs enforcement Act of Elizabeth I[19] was silent on the subject. It does not follow, however, that search of premises for smuggled goods had no place in customs enforcement practice before the Restoration period. Indeed, there would be something markedly improbable about the Tudor monarchs, bulging with governmental muscle, or even the earlier Stuarts, themselves not backward in matters of executive action, doing without so valuable a technique of customs enforcement as entry and search of premises.

How entry and search in pursuance of a governmental interest were managed in those times is amply illustrated in surviving documentation, notably the published volumes of Acts of the Privy Council. Particularly apt is an "open warrant" of 1629,[20] a year of obstreperous opposition to

Charles I's exactions of tunnage and poundage. In the warrant the Council began with a stricture upon clandestine landings of cargoes in evasion of customs duty, and upon "many disorderly people frequenting the waterside" and harassing customs officers; in the future, the customs officers would be given the support of henchmen known as King's messengers in "the taking and keeping possession of all such goodes as have not payd all the duties payable". Search was also allowed for:

> [I]t is further ordered that the Messingers upon notice given of any such goodes which have beene ... landed or howsed without payment of all the duties aforesaid shall enter into any Shippe, hoye, barque, boate or any other Vessell, as also into any Shopp, howse, warehouse, seller, soller, or any other place to try and make diligent search in any trunke, cheste, press or any bulke whatsoever, for any goodes as well going out of this Kingdome as coming into the same which hath not paid all the duties aforesaid, and any such goodes so found, to seaze, attach and carry away to his Majesties Storehouse there to be kept....

Distinct intimations here, of the 1662 Act's power of entry into "any House, Shop, Cellar, Warehouse or Room, or other Place" and provision for the breaking open of "Chests, Trunks and other Package".

And then, at the end of the 1629 "open warrant", there was this:

> [T]he Sherriffes of London and all other His Majesties Officers and loveing Subjects being required there unto shall be aydeing and assisting unto the Officers and messingers aforesaid wheresoever there shall be occasion in any part of his Majesties Dominions in this behalfe, as they will answer to the contrary in their perills.

This universal directive to be "aydeing and assisting" was nothing remarkable in itself; a "clause of assistance" along these lines was a fairly common feature of governmental fiats as exemplified by the 1629 warrant. Of greater interest is its affinity of ambience and purport with the mode of customs search to be brought forth some thirty-odd years later, in the Act of Frauds of 1662.

8. A CONSTITUTIONAL MEDITATION

Statutory provision in the Restoration period for powers of entry and search of private premises - and there were various purposes, besides customs enforcement, for which such powers were enacted - was illustrative of an immensely important constitutional change that had taken place.

Powers such as those in the conciliar "open warrant" of 1629 were no more. Not that they had been formally abolished; rather, they no longer had any kind of judicial backing. Public authority is in the last analysis empty if a court does not exist to punish defiance of it; and thus it would have been in the 1660s with instruments - again such as the 1629 warrant - of purely executive derivation. In 1641 the Star Chamber and other courts that had served to enforce the royal or governmental will had been legislated out of existence. For all practical purposes (at least, having to do with public order) the only courts left were courts of common law, in which there was no other recognized external lawgiver than Parliament.

Nor could there be any repudiating the 1641 abolitions when the King came back in 1660. Having been properly passed by an indisputably lawful Parliament, it was no part of the detritus of the Interregnum that naturally and automatically lapsed into oblivion. Had the civil wars gone the other way, well might the 1641 Act have been repealed and the conciliar courts re-established; but, as events actually were, and glad as parliamentarians may have been in 1660 to have a King again, it was not to be expected that the Restoration deal would include surrender of the lawmaking monopoly they had won those nineteen years ago.

And so, after the Restoration, if customs men were to have a power of entry and search for which the common law made no provision of its own but which a common-law court would nevertheless acknowledge, Parliament must be persuaded to legislate it into the statute book.

9. COMMON-LAW INFLUENCES ON THE 1662 LEGISLATION

It became evident earlier that the absence of common-law provision for customs search of premises did not mean that the legislation of the 1660s was enacted in a vacuum. The insistence woven into section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 that the customs officer be accompanied by a local

peace officer owed something to an ancient juridical nervousness lest intrusion upon the domestic scene provoke violent reaction and breach of public order. This was not all. In fact, it would be no great exaggeration to say that section 5(2) was shot through with marks of common-law influence. The text again:

> And it shall be lawful to or for any Person or Persons, authorised by Writ of Assistance under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer, to take a Constable, Headborough or other publick Officer inhabiting near unto the Place, and in the Day-time to enter, and go into any House, Shop, Cellar, Warehouse or Room, or other Place, and in case of Resistance, to break open Doors, Chests, Trunks and other Package, there to seize, and from thence to bring, any Kind of Goods or Merchandize whatsoever, prohibited and uncustomed, and to put and secure the same in his Majesty's Store-house, in the Port next to the Place where such Seizure shall be made.

Further indication of common-law infuence is in the three passages underlined.

To take the last of them first. Ever since the middle ages, when strong-arm methods of dispossession tended to be resorted to among the landed classes, the courts of common law, whether in obedience to statute or from their own disposition, had strenuously discountenanced forcible entries on to land. Instances did occur in which the common law sanctioned force in the pursuance of a lawful right to enter, but they were not numerous and the conditions hedging them about allowed little scope for abuse. The draftsman of section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 could not have assumed that the courts would be any less restrictive towards a power of entry given by statute but in terms that spoke only of entry; silence on the use of force might well be interpreted as signifying peaceable entry and nothing more. On the other hand, a power of entry to search for smuggled goods could not be expected to serve its purpose to full effect if it always had to depend upon doors being opened freely. It will have been noticed, however, that the express provision for force that section 5(2) was thus constrained to make did not go the whole way. Force was sanctioned only "in case of Resistance". And there was a limitation even then. Once in the building, the customs officer might thwart resistance to his actual search by

breaking open "Doors, Chests, Trunks and other Package" - practically anything that obstructed his way, in fact; but he could have forced his entry into the building itself only through a door, not through a window or other aperture. Section 5(2) was distinctly sparing when it came to set aside or override established inhibitions against entry of private premises by force.

Less so, it might appear, in its blanket and unqualified affirmation that writ of assistance search should be for "any Person or Persons" to undertake. This cut right across the grain of contemporary legal thinking. The search warrants promised by the royal proclamation of 1661 (quoted on page 15) were to be issued not to just anybody but to "some Constable, or other known Legal Officer". More tellingly still, the principle was espoused by that great common-law luminary of the time - of all time, come to that - Sir Matthew Hale. In his History of the Pleas of the Crown, Hale discoursed in some detail upon the common-law provisions for power of entry on to private premises, in particular upon the common-law search warrant for stolen goods. Of the latter he wrote:

> They ought to be directed to constables and other public officers, whereof the law takes notice, and not to private persons....[21]

With views such as this prevalent in the highest counsels of the kingdom, a statute that provided for powers of entry and search without stating by whom they might be exercised would be at the same sort of risk as if it remained silent on the use of force: the risk of the courts construing it more narrowly than its begetters intended and confining those powers to persons who could be regarded in law as "public officers". The point is, the men who obviously ought to be empowered to conduct searches for smuggled goods - the ordinary custom-house staff - might well not be rated "public officers". Doubt was the deeper because in 1661 the customs had been put "in farm", an arrangement whereby the King made over future duty receipts to private contractors in return for advances of ready cash; working for the farmers, customs men could hardly rank as other than private persons themselves. To have section 5(2) state that customs searchers might be "any Person or Persons" ensured against their being faulted for want of status as public officers.

On first impression, section 5(2)'s neutralizing of common-law predisposition was more thoroughgoing here than

in the cautiously circumscribed provision for the use of force. In reality, however, writ of assistance search was not thrown open to every Tom, Dick and Harry. Another section of the Act of Frauds must be taken into account. Section 15 had the effect of restricting the right to seize forfeitable goods (which at common law extended to anyone willing to undertake the responsibility of getting the seizure condemned in court) to persons with a definite occupational interest in customs law enforcement; this meant, of course, that the section 5(2) power of entry and search, the object of which was to enable a seizure to be made, in practice was likewise limited to customs men proper.[22]

The remaining section 5(2) passage marked for attention required that writ of assistance search take place only "in the Day-time". In this, the statute was not so much anticipating a likely common-law position and adjusting away from it as making firm a position that legal opinion favoured but stopped short of asserting as doctrine. Here is Hale's History of the Pleas of the Crown again, on the common-law search warrant for stolen goods:

> It is fit that such warrants to search do express, that search be made in the day-time, and tho I will not say they are unlawful without such restriction, yet they are very inconvenient without it, for many times under pretense of searches made in the night robberies and burglaries have been committed, and at best it causes great disturbance.[23]

And so, with its operative effect limited to the hours of daylight, section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 once more exhibited the old concern to avert disorder caused by violation of hearth and home.

10. THE BEGETTER?

It is unlikely to have been accidental that considerations that the foremost lawyer of the time brought to bear upon search for stolen goods influenced the drafting of Restoration legislation on search for smuggled goods. Nor was this a matter of the draftsman of section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 taking his cue from Sir Matthew Hale in History of the Pleas of the Crown, for that work did not get into print until 1736. Rather, the proposition is that

Hale himself was involved in the drafting. The writ of assistance as bespoken by section 5(2) was to be "under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer"; it is simply not possible that this prescription would have been woven into the law without the privity of the chief baron of the Exchequer (for one thing, it would be by the authority of his name - the teste - that the Exchequer seal were affixed to the writ), and in 1662 the chief baron was Hale.

The mind that conceived the customs search provisions in the Act of 1662, with their echoes of the way such things had been done under the old executive-oriented constitutional regime that could not survive the downfall of the Star Chamber and its companion conciliar jurisdictions, plainly was a mind in tune with history; and a mind sufficiently confident in its recondite learning both to have unearthed and actually to have utilized Coke's "secret in law". The writings of Hale abound in historical research; "a first-rate legal historian", a leading twentieth-century English legal historian called him.[24] And it does not have to be a matter of assumption merely, that Hale was aware of the doctrine upon which the customs writ of assistance depended for its introduction. In the British Library is a copy of Fitzherbert's La Novel Natura Brevium, which that distinguished repository identifies as having belonged to Sir Matthew Hale. It is interleaved with folios of manuscript commentary. Opposite a page showing a writ related to the Statute of Northampton, 1328, and in a hand recognizable from the Hale papers in Lincoln's Inn, is a citation of the Cokeian "secret in law" together with the comment, "ceo brev. ft. frame gr... selong le effect d'Act". Not only did Hale know of the doctrine by which the common law sanctioned the invention of writs for the better implementation of public statutes; he assured himself that it was not just something got up by Coke (who had been known to resort to originality).

Among Hale's many writings is a treatise on the customs.[25] It is a pity that this omits all reference to writ of assistance search, and hence affords nothing by way of positive and direct evidence as to how that most singular institution of customs law came to be thought of. The conjecture that he himself had much to do with it is all but irresistible, however.

PART II

LEGISLATIVE LEGERDEMAIN

1. SCOPE OF THE 1662 PROVISION

Very relevant to an understanding of the legislative history of customs search of premises, not least in British North America, are the words in which section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 defined the target-matter of writ of assistance search: "any Kind of Goods or Merchandize whatsoever, prohibited and uncustomed".

This is a turn of phrase with a slight jerk in it; as though the draftsman realized only in the nick of time that his clause's power of entry and search could not apply to literally "any Kind of Goods ... whatsoever", and added the limitation "prohibited and uncustomed" as a hasty afterthought. However, what is significant is not this trifling infelicity but the limiting words themselves. On a strict construction - indeed, on the plain meaning of "prohibited and uncustomed" - the only things that could be legitimate quarry for a section 5(2) search (with writ of assistance and a local peace officer) were things that answered not just to one or the other category of wrongdoing but to both. This had a weighty implication.

It goes without saying that if goods liable to customs duty bypassed the appropriate customs control procedures, they were uncustomed. But they could not be classed as prohibited unless they happened also to be subject to a restriction, which obtained quite independently of their status vis-à-vis the revenue regime, upon their movement into or (as the case might be) from the kingdom. This coincidence of "uncustomed" and "prohibited" designations was not especially likely. Restrictions affecting overseas traffic certainly existed, by reference either to the particular class of item or (notably in connection with the imperial system of shipping and trade regulation) to circumstances of transportation; but the cargoes upon which they actually bit were few in comparison with those attracting a duty charge, which were a near-totality.

The "prohibited and uncustomed" formula with which section 5(2) backtracked on itself left the scope of writ of assistance search pretty narrow.

2. CONDITIONING

The dual requirement in section 5(2) of the 1662 Act that to be susceptible of writ of assistance search, goods must be both prohibited and uncustomed, was to cause difficulty in subsequent lawmaking (as when, in 1696, an English-style customs enforcement Apparat was legislated for North America). As will become very evident later on, the task of future draftsmen would have been much lighter, and the products of their labours probably more satisfactory, if the originating formula for writ of assistance search had been "prohibited or uncustomed" instead of "prohibited and uncustomed". And there could be no supposing that "prohibited and uncustomed" had been intended disjunctively; for, if that had been the case, why should the 1662 Act elsewhere - most noticeably in relation to customs search on board ship - have actually expressed itself in the disjunctive form, "prohibited or uncustomed"?

Besides, section 5(2) was in general a well thought out, even sophisticated (witness its resourceful exploitation of Coke's "secret in law"), piece of work. More tellingly still, it passed the scrutiny of no less a luminary than Sir Matthew Hale; and perhaps was actually conceived by him. So crass an error as "prohibited and uncustomed" when "prohibited or uncustomed" was meant would have been altogether out of keeping.

So it is unlikely to have been through mere inadvertence that writ of assistance search had no proper application to simple revenue law enforcement. The historical circumstances suggest an explanation. In 1662, it will be recalled, the customs were in farm. Therefore, from the standpoint of maximized revenue yield, anti-smuggling measures inured to the benefit of the farmers. That a purely private interest should be served by a power of entry and search - and a power, at that, as unmonitored as the section 5(2) power (no prior establishment of probable cause) - seems pretty unthinkable, given contemporary sensitivities[26] and traditional predispositions. The "prohibited and uncustomed" formula was a bar against this, since it was always for purposes of a public kind that goods were placed under import or export prohibition. In theory a bar, anyway. Practice may well have been something else.

3. FOG SIGNAL

Passing reference was made, on page 17, to an enactment for customs search that preceded the 1662 writ of assistance provision by some two years. This was the Act to prevent Frauds and Concealments of his Majesty's Customs of 1660; and it now merits a little attention.

The 1660 Act reached the statute book soon after the discovery that recent legislation granting the King a customs revenue had omitted to complement seizure and forfeiture of goods in default with a power to enter premises in search of them. Henceforth search warrants would be obtainable, on oath as to the occasion for them. Only for a few months, however. Written into the customs search warrant Act was a term set on its life: at the end of the first session of the next Parliament it would automatically expire.

More than a hundred years later, when responding to American intransigence over writs of assistance under the Revenue Act of 1767, two successive attorneys general of England were to stigmatize the 1660 Act and its search warrants as unsatisfactory.[27] Neither said why; but it is not hard to imagine practical difficulties resulting from warrants being issuable only by the lord treasurer, a baron of the exchequer, "or Chief Magistrate of the Port or Place ... or the Place next adjoining thereto". (The number one on a county bench, remote from London, might reside a day's ride away - even if he could be identified with certainty.) Any notion, however, that writ of assistance search superseded the 1660 Act's warrants would be a mistaken one. As if to underline the fact that since the expiry of the Act in 1662 there had been no legal foundation for customs search for goods that were simply undutied (and not prohibited as well), the search warrant Act of 1660 was revived in 1685.[28] That this happened also fits in with the proposition demonstrated earlier, that the writ of assistance mode of customs search introduced by section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 had no application to undutied goods as such because, with the customs then in farm, revenue law enforcement was for the most part a private concern having insufficient clout to justify invasion of property in its furtherance. In 1685, customs were no longer in farm. Since 1671 they had been restored to Crown management under a board of customs commissioners. It had therefore long ceased to be a matter of letting someone else do the worrying about revenue smuggling. Measures to combat revenue smuggling, including powers to enter and search premises, were again matters of direct public interest.

Yet when the occasion presented itself in 1685 for legislation to widen the scope of customs search, why should action have been limited to reviving - of all things - the clumsy and discredited search warrant Act of 1660? Why was a decent job not made of it? Such as, for instance, amending section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 so that the constrictive "prohibited and uncustomed" formula was replaced by "prohibited or uncustomed" (which would probably have sufficed to catch goods that had dodged the revenue procedures)? The best guess lies with the exigencies of real life, which, notoriously, do not always go by the book.

Whatever the limitations upon customs search in strict law, it is not necessarily to be supposed that practice at the ports was overmuch inhibited by them. Evidence exists that even at the topmost levels of government, realization that the 1660 Act had set a short term on its life was tardy;[29] and it seems reasonable to surmise that not all customs officers and local magistrates, having become used to 1660-style search warrants, understood that such things ought to have been discontinued as long ago as 1662. Similarly, somewhat, with the 1662 writ of assistance mode of customs search. A strict appraisal of the "prohibited and uncustomed" formula might cause uneasiness in a lawyer's chambers or in the higher echelons of the customs administration; but rarefied interpretation of statute was not the forte of the workaday customs officer in the outfield, who was more likely to assume that entry and search with his impressive writ of assistance was good for seizures of all sorts and to give not a thought to limiting himself to goods that answered to a prohibited category.

The 1685 decision to reintroduce the unsatisfactory search warrant Act of 1660 rather than loosen "prohibited and uncustomed" in the 1662 Act makes sense against this background; a background of widespread customs search actually and notoriously going on, but often - usually, perhaps - with non-existent or highly dubious legal justification. The authorities would have been conscious that explicitly and manifestly new legislation on customs search might provoke embarrassing questions (and possibly litigation) on the lawfulness of all the searches with warrants and many of the searches with writ of assistance that customs officers had been engaging in for years. Better, then, an unobtrusive regularization of 1660-type warrants (the 1685 re-enactment was wrapped up in run-of-the-mill legislation granting customs duties to James II), and a blind eye towards writ of assistance activity that ranged more widely than it ought to.

The position created in 1685 remained substantially unchanged for many years. The provisions in the customs search warrant Act of 1660 were re-enacted again and again; and it was well into the reign of George I before opportunity was taken to gloss the narrow and long outdated "prohibited and uncustomed" in the writs of assistance enactment of 1662 into an ampler "prohibited or uncustomed".[30] In the meantime, the mess that was the law on customs search in those early years had infected plans for North America.

4. THE ACT OF 1696

In 1696 an Act of Parliament was passed with the object of constructing in the North American colonies a regime of customs enforcement as similar as might be to that which already existed in England under the Act of Frauds of 1662. This Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade[31] came to be known as the Act of Frauds of 1696.

Section 6 of the 1696 Act was something of a compendium, with powers of entry and search among its subjects. Earlier sections having mentioned the various acts under which import and export merchandise might be prohibited or dutiable, section 6 set forth that ships lading or unlading in a colonial port, and their masters, should be amenable to "the same Rules, Visitations, Searches, Penalties and Forfeitures" as applied in England under the Act of Frauds of 1662; and it went on to provide that customs officers in the colonies

> shall have the same Powers and Authorities, for visiting and searching of Ships, and taking their Entries, and for seizing and securing or bringing on Shore any of the Goods prohibited to be imported or exported into or out of any of the said Plantations, or for which any Duties are payable, or ought to have been paid, by any of the before mentioned Acts, as are provided for the Officers of the Customs in England by the said ... Act made in the fourteenth Year of the Reign of King Charles the Second, and also to enter Houses or Warehouses, to search for and seize any such Goods....

The italicized words clearly denoted an intention that customs officers in North America should have a power of entry and search on land. But that was as far as clarity went. The impression conveyed is that search on land as well as on board ship should be the same in the colonies as in England under the Act of 1662, but it is an impression that soon gives way to doubt. For one thing, the syntax is faulty. It is in fact impossible to know for certain exactly how the words "and also to enter Houses or Warehouses, to search for and seize any such Goods" should be read in relation to the rest of the text. If a replica of the 1662 power of entry was intended, why the limitation to "Houses or Warehouses" when the 1662 power extended to "any House, Shop, Cellar, Warehouse or Room, or other Place"? Above all, why was the purpose not spelt out plainly?

These delphic perplexities (which were to have important practical significance for the future of customs search - particularly the writ of assistance - in North America) are not attributable to carelessness. Much more probably, a straight extension of the 1662 power to the colonies was deliberately fudged. It has to be recognized that the draftsman of the 1696 Act had a problem. One is not thinking of peripheral difficulties that could have been dealt with by small textual adjustments; thus, the 1662 Act's requirement that the writ of assistance should be under the seal of the Court of Exchequer, an institution whose processes did not run in the colonies, was a detail easily capable of being written out of the 1696 legislation. The problem was considerably more serious and intractable than this. At the centre of it was the factor that had confounded the establishment of a clear-cut law of customs search in England - the fateful "prohibited and uncustomed" formula in section 5(2) of the Act of Frauds of 1662.

The problem confronting the 1696 draftsman can conveniently be presented in terms of contrast. With search of ships there was no difficulty. The 1662 Act, in section 4, had provided a power of shipboard search for goods "prohibited or uncustomed"; and it was therefore simple for the 1696 legislation to give "the same Powers and Authorities, for visiting and searching of Ships" in relation to "any of the Goods prohibited to be imported or exported into or out of any of the said Plantations ... as are provided for the Officers of the Customs in England [by the Act of 1662]". But a similarly simple extension of the 1662 provision for search on land was impossible. Here it

was not goods "prohibited or uncustomed" but goods "prohibited and uncustomed". This double-barreled formula, it will be recalled, suited the circumstances obtaining in England in 1662, but times soon changed and it became embarrassingly insufficient; so much so that the intrinsically unsatisfactory customs search warrant Act of 1660 had to be resurrected to supplement it. Obviously, if the 1696 Act had extended section 5(2) of the 1662 Act to the colonies, "prohibited and uncustomed" would have produced a like (if lesser) deficiency there. Yet it would not have been practical politics, either, to have made the 1696 legislation say that the power of search to be introduced into the colonies should be the same as that of 1662, but with "prohibited or uncustomed" instead of "prohibited and uncustomed". The position in England had to be borne in mind. There, the law of 1662, "prohibited and uncustomed" and all, would remain as before. Even with the revived customs search warrant Act of 1660 - indeed, all the more because of it - the law on customs search of premises in the metropolitan country was in a condition where the less said and seen of it the better. It would have been imprudent for the 1696 provision to spotlight the defectiveness of its 1662 stable-mate.

That the 1696 Act's strangely unintelligible draftsmanship was no accident gains credence in another way. The words from section 6, quoted three paragraphs above, were only a fragment of the whole. In its entirety section 6 was a series of regulatory and other provisions, all strung together in a single sentence of more than five hundred words. The piece about search occurred about one-third of the way through this teeming verbiage, where its impossible construction was much less apparent than when extracted and examined in isolation. Well might the calculation have been that of the resilient few whom that daunting density of letterpress did not deter on sight, fewer still would persevere to the end and remain in fit mental condition to cavil at a point of syntax two-thirds of the way back. Not least would this go for members of Parliament by whom clause 6 had to be passed, and whose scrutiny the draftsman might hope was not at its sharpest; for if his finagling did not get through on the nod it might not get through at all.

5. DÉNOUEMENT

The conundrums of statutory construction thus dispatched three thousand miles across the sea were not quick to surface. Nothing much seems to have happened for some fifty-odd years, when, for reasons peculiar to that prov-

ince, customs search of premises became an active issue in Massachusetts Bay. After a brief period of varying practice, strongly suggestive of uncertainty as to what the law on the subject (section 6 of the Act of Frauds of 1696) really meant, the judicial authorities there apparently settled for a construction of section 6 that simply borrowed section 5(2) of the Act of Frauds of 1662, writ of assistance and all. Certainly it is only upon this construction that the celebrated protest of James Otis in 1761 (that issuance of the writ should be so regulated that the power of entry and search conferred by section 5(2) was not general, but limited to particular cases specifically sworn to) can be understood;[32] likewise the decision of the Superior Court of Massachusetts to continue with the writ more or less as before. Later, culminating, events were not to vindicate it, however.

It was "the arbitrary Claims of Great Britain" that fired the Massachusetts controversy and hence the onset of the American revolution, according to John Adams. But it is closer to historical truth to affirm that the authorities in Great Britain did not so much as know of the famous writs of assistance case until it was over, and knew precious little of it even then. The first occasion for London to consider the legal standing of writ of assistance search in North America arose less from Massachusetts than from the neighbouring colony of Connecticut. In the spring of 1766 the custom house at New London was having trouble with the local merchant community and smuggling. Part of the problem had to do with customs officers' powers of entry and search on private premises, and it was included in a case that the customs commissioners in England, to whom the New London difficulties had been reported, addressed to the attorney general. The commissioners recounted how the Superior Court of Connecticut had reacted to the question of issuing a writ of assistance:

> [S]ome doubts having lately arisen at New London the Collector applyed for advice to the Kings Attorney there who returned him the following answer, Vizt. "I carried your Papers to Newhaven, and mentioned the Affair to the Judges relative to the Writ of Assistants, they considered it as a matter of Importance, but were at a great Loss with Regard to the Affair - As the Act of Parliament has made express Provision that it shall issue under the Seal of the Court of Exchequer, and we have no Statute here relative to it, the Judges therefore made no determination about it."[33]

Practical puzzlements posed by the law on customs search in North America were at last being experienced in England, where responsibility for the law belonged.

It will be recalled that under section 6 of the Act of Frauds of 1696, customs officers in the colonies were to have

> the same Powers and Authorities, for visiting and searching of Ships ... as are provided for the Officers of the Customs in England by the ... Act made in the fourteenth Year of the Reign of King Charles the Second [the Act of Frauds of 1662], and also to enter Houses or Warehouses, to search....

Strengthening the impression that customs search was to be the same on both sides of the Atlantic - particularly in point of the writ of assistance - the Act prescribed a little farther down that "the like Assistance" should be accorded to customs officers in the colonies as the 1662 Act required for their colleagues in England. It could be no more than an impression, however. That the English law on shipboard search extended to the colonies was stated plainly enough; but the words "and also to enter Houses or Warehouses" might on a second glance have seemed deliberately disconnected from the English prototype and to give customs officers in the colonies an unqualified power to enter and search "Houses or Warehouses" (though no place else) as it were ex officio. Yet on still another rereading they could not quite bear this meaning; for did they not relate back, as the reference to shipboard search had done, to "the same Powers and Authorities ... as are provided for the Officers of the Customs in England" under the Act of 1662?

Although it was not until 1766 that these obscurities in the Act of Frauds of 1696 produced an actual problem for the authorities in Great Britain, awareness of them was not new. They had long impinged upon the recital of a customs officer's powers in his document of appointment. Witness this explanation in the customs commissioners' case to the attorney general:

> In the Deputations granted to the Officers of the Customs in England there is the following Clause, Vizt. "He hath Power to enter into any Ship, Bottom, Boat or other Vessel & also in the

> day Time with a Writ of Assistants under the Seal of his Majestys Court of Exchequer & taking with him a Constable, Headborough or other public Officer next inhabiting to enter into any House, Shop, Cellar, Warehouse or other Places whatsoever there to make diligent Search &c" but there never having been any Writ of Assistants granted by the Court of Exchequer in England for the use of the Officers in the Plantations, the Deputations granted for such Officers have been as follows Vizt. "he hath Power to enter into any Ship, Bottom, Boat or other Vessel; as also to enter into any Shop, House, Warehouse, Hostery or other Place whatsoever to make diligent search &ca."

In other words, a writ of assistance under the seal of the Court of Exchequer was available to customs officers in England, whose deputations[34] accordingly specified possession of a writ of assistance and the attendance of a local peace officer as pre-conditions of entry and search; but no such requirement was included in the documents of appointment of customs officers in the colonies because the Court of Exchequer had not (as, indeed, it could not have) granted writs of assistance for use there.

Conscious that the writ of assistance and the attendant peace officer were mandatory in England under the Act of Frauds of 1662, the customs commissioners went on to suggest a justification for doing without the writ and the peace officer in North America. The justification was that the Act of Frauds of 1696 was different:

> And It has been understood that such Writ of Assistants was not required by the 7 & 8 Wm. 3d. the Power given by that Law - vizt. "And also to enter Houses or Warehouses to search for and seize any such Goods" not expressly mentioning a Writ of Assistants, or even in this Particular referring to the Act of the 14th Car. 2d, as it does in every other Instance in the Clause where either any Powers are given to Officers, or Restrictions prescribed in this Power to enter Houses &c. therefore seems to have been inserted after the Reference to the 14th. Car. 2d. with design to make the Writ of Assistants unnecessary, as no particular Court had any Power to grant One.

This was not completely satisfactory. Aside from the fact that the 1696 Act did not read so straightforwardly, the colonial deputations the commissioners themselves had quoted went further than the Act in terms of the locations to which the power of entry and search purportedly applied. The deputations spoke of "any Shop, House, Warehouse, Hostery or other Place whatsoever";[35] the Act spoke only of "Houses or Warehouses". Preparation of the case cannot have been an easy task for the commissioners.

Again, the next paragraph of their case:

> However in the subsequent Part of the same Clause of 7th. & 8th. Wm. 3d, It is enacted that the like Assistance shall be given to the said Officers in the Execution of their Office as by the last mentioned Act 14 Car. 2d Ch 11 is provided for the Officers in England upon which Words the Collector of Boston in New England a few Years since obtained a Writ of Assistants from the Chief Justice for that Colony & frequently entered Houses without any Objection....

The reference here was to the granting of writs of assistance by the Superior Court of Massachusetts, which the celebrated hearing in 1761 had established as settled practice in that province. But it represented another half-somersault by the commissioners. Immediately after having questioned the need for customs search in the colonies to be under writ of assistance, and even whether the requisite writ could lawfully obtain there, they were now affirming that writ of assistance search in fact took place in North America and suggesting a legal basis for it.[36]

From this the customs commissioners proceeded to tell of the contrasting unhelpfulness of the Superior Court of Connecticut, and to crystallize the problem. Attorney General William De Grey was asked:

> Does the Act 7th & 8th. Wm. 3d. empower the Officers of the Customs in the Plantations to enter Houses & Warehouses to search for & seize any prohibited or run Goods without a Writ of Assistants & if you are of Opinion it does not, can such Writ of Assistants issue under Seal of the Court of Exchequer in England, or from any and what Court in the Plantations.

De Grey replied on October 17, 1766. He could not have been more negative:

> I think the Words of the Act will not admit of the Construction put upon them in this Case, for the Words "and also to enter" & ca. must be connected with the preceding Words "the same Powers and Authorities" so as to run in this manner, Vizt. "the Officers of the Revenue shall have the same Powers and Authorities as they have in England for visiting Ships & c. and also to enter Houses & ca." which words give only a relative and not an absolute Power; and the Court of Exchequer in England do not send their Process into the Plantations, nor is there any Process in the Plantations that corresponds, with the description in the Act of K.W.[37]

The chain of reasoning was none too tidily articulated, but it comes through. The power of entry and search that the Act of Frauds of 1696 contemplated for "Houses or Warehouses" in the colonies partook of the corresponding power that existed in England under the Act of Frauds of 1662; but the 1662 power was conditional upon a writ of assistance under the seal of the Court of Exchequer, and writs under that seal did not run in the colonies.

Attorney General De Grey's opinion signified that the power contemplated by the 1696 Act for customs officers "to enter Houses or Warehouses" depended upon a condition incapable of fulfilment. It perhaps might be questioned whether De Grey was correct in thus draining a statutory text of all operative meaning. What of the old common-law dictum in Heydon's Case,[38] that Acts of Parliament should be construed so as to "suppress the mischief and advance the remedy ... according to the true intent of the makers of the Act pro bono publico"? But there it was: a conclusion reached by the Crown's chief legal adviser, to the effect that the foxy draftsmanship of 1696, occasioned as it had been by an unsatisfactory turn of phrase in the exemplar Act of 1662 ("prohibited and uncustomed") and exigent circumstances which inhibited the fashioning of something better, had at last tripped itself up. The sequel, another legislative endeavour, was to prove even more unfortunate.

PART III

TRANSPLANT

1. THE TOWNSHEND ENACTMENT IN PROSPECT[39]

Section 10 of the Revenue Act of 1767, one element in a legislative package by which Charles Townshend as chancellor of the Exchequer purposed to remodel the customs system in North America, was the start of writ of assistance search in Canada. The origin of section 10 lay with the opinion of Attorney General De Grey in October 1766 to the effect that what the Act of Frauds of 1696 had prescribed for customs search of premises was inoperative (because it involved a writ of assistance under the seal of the Court of Exchequer in England, a jurisdiction which did not extend to the colonies). It was not a matter of instant action, however.

Transmitting the De Grey opinion to their Treasury overlords on October 31, 1766, the English customs commissioners offered the unsurprising recommendation that it was "expedient to have the interposition of Parliament for granting the proper power to the Officers of the Revenue in America". But there was to be something else besides. The Treasury had not yet replied to the customs commissioners when they heard from them again. A few weeks previously, in Boston, a suspected smuggler named Daniel Malcom had successfully defied a customs party, in full fig with a writ of assistance from the Superior Court of Massachusetts and a local peace officer in tow, attempting to enter and search a cellar in his house. Reporting this episode to the Treasury on November 22, 1766 the customs commissioners drew special attention to the writ of assistance, only to discount it in the manner of Attorney General De Grey; so there really was nothing for it - they said in so many words - but to act on their recommendation of October 31, 1766, and legislate.

The nudge was unproductive. The customs commissioners' report of November 22, 1766 was overtaken by the arrival at the Treasury of a batch of papers on the Malcom episode which the Governor of Massachusetts had sent to the Board of Trade, and which told of noisy scenes among bystanders in the street outside the Malcom dwelling.

Perhaps stimulated by Board of Trade agitation over yet another manifestation of mob disorder in turbulent Boston (and perhaps doubting whether De Grey's sweeping disavowal of all customs search was good law), the Treasury set aside the customs commissioners' low-key suggestion for legislative amendment and took the bit between their teeth. It was not enough just to accept the De Grey opinion and look towards better things in the future; something ought to be done to punish strong-arm resistance of Crown authority by the likes of Daniel Malcom and his roughneck well-wishers. The Crown's legal advisers must be asked to think again. On January 14, 1767, causing all the Malcom papers to be sent to the law officers, the Treasury came on strongly against "the violent Resistance made by ... [Malcom] ... and others to the Execution of a legal Writ commanding Aid and Assistance to be given to the Officers of his Majesty's Customs", and squarely demanded "what proceedings may be fit to be carried on against the sd. Daniel Malcom for his Offences".[40]

De Grey and his colleague, the Solicitor General, were unmoved. On February 6, 1767, word had been received from them that

> no Civil Action or Criminal Prosecution can be brought against any of the Parties complained of, for obstructing the Officers of the Customs in the Execution of their office, inasmuch as the Writ of Assistance by virtue of which they entered the House and Cellar was not in this case a legal Authority.[41]

The Treasury did not give up, even now. Back they went to the law officers on February 14, 1767, with an argument that the fatal jurisdictional objection to a colonial writ of assistance need not apply in the Malcom case because the Superior Court of Massachusetts issued writs of assistance in its capacity as a Court of Exchequer, allowed to it under a province law.

This second attempt to persuade the law officers fared no better than the first. Perhaps the argument seemed to smack a little of the error that the customs writ of assistance pertained inherently to Exchequer jurisdiction (whereas, in fact, when section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 spoke of a "writ of assistance under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer" it did so more in the sense of conferring a jurisdiction).[42] Perhaps the law officers, as

practical men of affairs, foresaw more embarrassment than advantage from a trial in which a Boston jury were all too likely to vindicate Malcom in triumph. One last speculation (for there is no record of the law officers having replied at all) - perhaps the exchange was brought to an end by a silent snub. One of the mere working departments of state, even the mighty Treasury, ought not to be encouraged in bandying points of law with attorneys and solicitors general.

So it was only after all this that the British government decided to do what the customs commissioners had recommended at the outset: legislate.

2. THE TOWNSHEND ENACTMENT

To reproduce section 10 of the Revenue Act of 1767 in its entirety is not to recommend that it actually be read:

> And whereas by an Act of Parliament made in the thirteenth and fourteenth Year of the Reign of King Charles the Second, intituled, An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses, in his Majesty's Customs, and several other Acts now in Force, it is lawful for any Officer of his Majesty's Customs authorised by Writ of Assistants under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer, to take a Constable, Headborough, or other Publick Officer inhabiting near unto the Place, and in the Day-time to enter and go into any House, Shop, Cellar, Warehouse, or Room or other Place, and, in case of Resistance, to break open Doors, Chests, Trunks, and other Package there, to seize, and from thence to bring, any Kind of Goods or Merchandize whatsoever prohibited or uncustomed, and to put and secure the same in his Majesty's Storehouse next to the Place where the Seizure shall be made: And whereas by an Act made in the seventh and eighth Years of the Reign of King William the Third, intituled, An Act for preventing Frauds, and Regulating Abuses, in the Plantation Trade, it is, amongst other Things, enacted, that the Officers for collecting and managing his Majesty's Revenue, and inspecting the Plantation Trade, in America, shall have the same Powers and Authorities to enter Houses or Warehouses, to search for and seize Goods probihited to be

> imported or exported into or out of any of the said Plantations, or for which any Duties are payable, or ought to have been paid; and that the like Assistance shall be given to the said Officers in the Execution of their Office, as, by the said recited Act of the fourteenth Year of King Charles the Second, is provided for the Officers in England: But, no Authority being expressly given by the said Act, made in the seventh and eighth Year of the Reign of King William the Third, to any particular Court to grant such Writs of Assistants for the Officers of the Customs in the said Plantations, it is doubted whether such Officers can legally enter Houses and other Places on Land, to search for and seize Goods, in the Manner directed by the said recited Acts: To obviate which Doubts for the future, and in order to carry the Intention of the said recited Acts into effectual Execution, be it enacted, and it is hereby enacted by the Authority aforesaid, That from and after the said twentieth Day of November, one thousand seven hundred and sixty-seven, such Writs of Assistants, to authorise and impower the Officers of his Majesty's Customs to enter and go into any House, Warehouse, Shop, Cellar, or other Place, in the British Colonies or Plantations in America, to search for and seize prohibited or uncustomed Goods, in the Manner directed by the said recited Acts, shall and may be granted by the said Superior, or Supreme Court of Justice having Jurisdiction within such Colony or Plantation respectively.

From this, the full text of the originating statute for writ of assistance search in Canada, it is possible to pick out several points of interest. And, remembering how anaesthetizing verbiage enabled the meaningless piece about customs search of "Houses or Warehouses" in the Act of Frauds of 1696 to get by on one sort of nod or another (and for some seventy-odd years),[43] one is not astonished by elements of politico-legal artifice in this similarly enervating text of 1767.

3. A TRICK OF THE TRADE

The professed objective of section 10 is an illustration in itself. Section 10, having trundled its readers through wearying recitals of earlier legislation, at length

led into the proposition that because the Act of Frauds of 1696 did not expressly provide for issuance of writs of assistance in the colonies, it was "doubted" whether customs search on land could legally be carried out there. And so, "To obviate which Doubts for the future", the section proceeded to enunciate an issuance jurisdiction henceforth to be reposed in the topmost court of each colony. One notices, in passing, that this was not precisely the perspective that Attorney General De Grey had brought to bear upon the earlier legislation (with the consequence that section 10 became necessary). A more significant discrepancy exists: the unambiguous falsity of the pretence that section 10 was merely for the removal of doubt - not so much making new law as facilitating implementation of law that already existed. Seldom can legislation have masked reality more suffocatingly. What contemporary observer, unaware of the facts behind the low-key, almost throwaway, blandness of section 10's text, could have guessed how the law officers of the Crown, far from teetering in uncertainty over the 1696 enactment, had repeatedly affirmed that it lacked all operative force?

Explanation of the section 10 fib is not far to seek. Prominent among the draftsman's problems was the fact that the phraseology of section 10 must not allow it to suggest, still less say outright, that up to now customs search on land in the colonies had been unlawful. The law officers might feel free to affirm it in private exchanges with the customs commissioners and the Treasury; but when it came to repairing the deficiency, and composing a statutory text on a power of customs search for the future, care had to be taken that those notoriously litigious colonials were not given ideas. In Massachusetts particularly, searches with writ of assistance had been known for years and cordially resented; if the wording of the new legislation were to carry the implication that every one of them had been defective legally (because the writ did not answer), the customs officers responsible might well face ruinous liability in damages. Thus it most probably was that section 10's recital of the existing law, while initially faithful enough to the originating opinion given in 1766 by Attorney General De Grey - spelling out the 1662 enactment for writ of assistance search and bracketing the difficult 1696 text on to it - eased itself towards an altogether less negative position than De Grey had arrived at. In contrast to the law officers' absolute and insistent repudiation of colonial writs of assistance, section 10 did not close the door on all possibility of such writs being valid; what

intradepartmental files showed to be a firm denial was presented to the public as no more than a doubt. To all appearances, the new law signified not a headlong rush to panic stations but merely the adjustment of some antiquated law that perhaps had fallen in need of a little toning up.

By way of footnote: section 10's "removal of doubt" contrivance worked, for there appears to have been no move anywhere to mulct customs men in damages for past searches that, according to the English law officers, were illegal.

4. MORE FINESSE

Another point for incidental remark is that section 10 of the Revenue Act of 1767, in its long and in parts particularized preamble about previous legislation, referred to the original provision for writ of assistance search, in the Act of Frauds of 1662, as aimed at goods "prohibited or uncustomed". Historically, this had not been the case at all. Indeed, that the actual 1662 text was not "prohibited or uncustomed" but "prohibited and uncustomed", and thus too narrow for goods smuggled in contravention of revenue law only, has been identified in these pages as significantly influencing subsequent legislation on customs search, both for England itself (the revival of the 1660 search warrant Act) and for the colonies (the impossibly obscure text in the Act of Frauds of 1696). By 1767, however, there had been a change. As was also touched upon earlier, there had come a time when, for practical purposes, the constrictive "prohibited and uncustomed" was expanded into "prohibited or uncustomed".

Among the various adjustments to customs enforcement law brought in by the Act for preventing Frauds and Abuses in the Publick Revenues of 1719[44] was one that recognized circumstances in which "prohibited or customable" goods found in course of a writ of assistance search under the Act of 1662 might be held, pending proof of their being fiscally clean. In its introductory reference to writ of assistance search for "prohibited or uncustomed" goods, section 10 of the Revenue Act of 1767 spoke not only of the Act of Frauds of 1662 but also of "several other Acts now in Force". Within that batch was the Act of 1719, which in its application could be construed as extending the 1662 Act's writ of assistance search to goods "uncustomed" in the sense denoting revenue evasion, regardless of whether they were "prohibited" as well; and hence as glossing "prohibited and uncustomed" into "prohibited or uncustomed".

This neat item of legislative sleight-of-hand was especially opportune by reason of the new import duties that were a central component of the restyled customs regime of 1767. Until the middle 1760s, almost no transatlantic importations into British North America attracted an imperial customs duty there; any revenue incidence would have occurred in Great Britain, where, under the acts of trade, practically all such traffic should have been shipped or on-shipped; uncustomed importations signified contravention not strictly of revenue law but of an act of trade prohibition. Most transatlantic smuggling into the colonies had been of goods thus prohibited; and so, in great part, it doubtless would remain after 1767. To that extent it did not much matter that the Revenue Act contrived to displace "prohibited and uncustomed" by "prohibited or uncustomed" in its provision for writ of assistance search. Yet, inasmuch as the goods to which the new import duties applied were chargeable even when they had come from or via Great Britain (in which case, obviously, there would be no act of trade prohibition), there may have seemed an imperative logic in wording the provision so as to ensure that no undutied goods whatever were outside its scope.

5. ERROR OF OMISSION

Astute though it was on peripheral matters, the draftsmanship of section 10 of the Revenue Act of 1767 did less well substantively.

Again and again the newly instituted American board of customs commissioners at Boston suffered rebuff in their attempts to persuade colonial courts that the writ of assistance bespoken by section 10 should be general in purport and usable whenever and wherever the customs officer might think fit. A countervailing tendency, at any rate in colonies that later rebelled, was for the court to limit the writ to a single sworn and specified case.[45]

This intransigence (which persisted in face not only of the customs commissioners' endeavours, but also of admonitory opinions from successive English attorneys general) doubtless drew inspiration from the recent judicial and parliamentary denunciations of general warrants back in England, related to the activities of John Wilkes. Conceivably, word perhaps had reached the colonies of the use of the writ of assistance in England being limited in practice to cases attested by solid information;[46] confused,

however, into an erroneous notion that it was the actual issuance of the writ in the Court of Exchequer, and not simply occasion for its use, that was disciplined in this way. Just possibly again, the American courts were harking back to an argument occurring nearer to home. In the celebrated writs of assistance case before the Superior Court of Massachusetts in February 1761, James Otis had contended for the writ to be sworn to and specific; building an analogy from the common-law search warrant for stolen goods having at first been general, but later trimmed down by judicial decision to sworn specificity: the statutory foundation of writ of assistance search, which was not explicit that the entry and search power should be general, ought to be construed according to the same principle, such construction being given effect by suitably regulated issuance of the writ.[47]

Whatever reasoning motivated the American courts, one thing is certain. Their unwillingness to issue writs of assistance otherwise than on specifically sworn information was not contradicted by section 10. The section required them to issue writs of assistance, and left them free - for all it said to the contrary - to superimpose upon the issuance process any regulatory usage they thought proper. Judged by what was actually to happen - indeed, on the showing of the argument with which James Otis had very nearly succeeded against the general writ in 1761 - section 10 would have done better to express its intention that the power of search it contemplated was a general one.

That the intention was for a general power cannot be doubted. This might be protested as unfair, when the practice in England had long been to limit writ of assistance search to cases where the customs had firm information. (A practice backed by statute, too: an object of the Act of 1719, referred to on page 42, was to strengthen the position of customs officers seizing goods in a writ of assistance search, if they acted "upon the Information of one or more credible Person or Persons".[48]) But there it was. Section 10 of the Revenue Act of 1767 was about the issuance of writs of assistance, not regimes governing their use. It presented itself as part and parcel of the originating enactment on writ of assistance search, section 5(2) of the Act of Frauds of 1662; and, whatever else might have happened to the operation of section 5(2) in law or practice, the prescribed mode of issuance of the writ remained as it always had been. It is in point to recall what this was. Section 5(2) required the writ to be "under

the Seal of his Majesty's Court of Exchequer". The location of the Court of Exchequer - in actuality, of the office of the King's Remembrancer - was London and nowhere else. England is not a large country, but it is not so small, either, that in the seventeenth century London would have been within convenient reach of every port on the coastline where search for smuggled goods might need to be made. From a northern port, it might be several days' ride; twice as many there and back. Outside London itself, successful searches would have been very few and far between if a separate writ of assistance had to be obtained for each one: the offending goods could not be relied upon to stay put till the customs officer had completed a round trip to the capital. (This aside from the fact that, so elaborate was the seventeenth-century writ - a portrait of the King, highly stylized Latin script, and so forth - that physical production of the thing could take days, if not weeks.) If only in common sense and practical necessity, the power of entry and search given by the Act of 1662 could not but be general. And inasmuch as the 1662 enactment was one of those whose "Intention" section 10 of the 1767 Act purported "to carry ... into effectual Execution", to narrow the scope of writ of assistance search by manipulating the issuance of the writ was misconceived. This parenthetical paragraph cannot close without surprised remark that the acute intelligence of James Otis seems not to have lighted upon so obvious and conclusive an objection to his argument that a one-time-only writ of assistance was compatible with the originating statute.

One explanation for the draftsman of section 10 of the Revenue Act of 1767 neglecting to anticipate and avert the American courts stultifying it with one-time-only writs of assistance - he almost certainly knew nothing of Otis' thrust in that direction (unsuccessful, in any case) years before - may be that something so patently wrong-headed did not occur to him as needing to be guarded against. A less speculative reason comes to mind, however. It is suggested by Attorney General De Grey's opinion of October 1766, which signaled this legislative exercise in the first place and presumably constituted the draftsman's principal working document. So far as appeared in the opinion, the only difficulty about writ of assistance search in the colonies was a jurisdictional one: the original 1662 English enactment on writ of assistance search had been extended to British North America by the Act of Frauds of 1696, but the writ bespoken by the 1662 Act had to be under the seal of the English Court of Exchequer (whose process did not run in

the colonies). The draftsman accordingly limited his substantive handiwork - all that presentational finesse was something different, of course - to a single and unelaborated provision that put writs of assistance for customs search within the competence of colonial courts.

6. A CORNERSTONE

Inasmuch as the writs of assistance henceforth to be issued in the colonies kept to the English prototype as conceived by the Act of Frauds of 1662, they would be, in essence, simply a directive to a wide generality of naval, military, civic and private persons to facilitate the customs officer's search. For such a directive to have legal force, the writ itself needed to correspond to the common-law doctrine that authenticated it: Coke's "secret in law", whereby "upon any statute made for the common peace, or good of the realm, a writ may be devised for the better execution of the same, according to the force and effect of the act". The writ of assistance necessary for entry and search under section 5(2) of the 1662 Act was grounded on an obligation to assist imposed by section 32 which, with its even wider application, supplied doctrinal support for the writ in ample measure. The Revenue Act of 1767 made no such separate provision. Consistently enough with its claim to be simply sprucing up law already in existence, section 10 included in its recitals the fact that the Act of Frauds of 1696 entitled customs officers in the colonies to "the like Assistance" as their English colleagues enjoyed under the Act of 1662; and it would be this by which the new North American writs of assistance were sustained.

Nicely honed historicity, perhaps. Yet there was a respect in which section 10 of the Revenue Act of 1767 came badly unstuck from its antecedents, and to which may be traced much that has happened since.

PART IV

MUTATION

1. HARK-BACK TO 1767

The board of customs commissioners appointed to Boston in 1767 quickly encountered difficulty with the writs of assistance that the Revenue Act of that year wished upon British North America. Colonial judicatures might be willing to issue a writ good for the single specified occasion, but - for the most part - not in the general, open-ended format the commissioners considered proper and necessary. Report having been received at Westminster in the summer of 1768, the Attorney General of England, William De Grey, wrote the admonitory opinion reproduced in Appendix B (and repeatedly drawn upon here for definitive information on the writ of assistance and its juridical provenance). De Grey recommended that the colonial courts be given a specimen of the writ of assistance used in England and an account of its issuance there, in the belief that they would then see "that the Power of the Custom House Officer is given by Act of Parliament, & not by This Writ".

Inasmuch as it was the Act of Frauds of 1662 that De Grey was referring to, this was clearly true. The words of that Act could bear no other construction: "And it shall be lawful to or for any Person or Persons, authorised by Writ of Assistance ... to enter, and go into any House". It being understood of course - as Attorney General De Grey went on to indicate (though again only obliquely) - that "authorised" was meant in the old-fashioned sense, denoting "a Notification of the Character of the Bearer".

All this, however, was to take for granted that anyone who read section 10 of the Revenue Act of 1767 would perfectly well see that its effect was to extend the 1662 provision to the colonies. In actuality, section 10 lent itself to a quite different construction (which, if the truth were knowable, De Grey may have been aware of and hoping to scotch). It was noted when section 10 was under discussion in Part III of this Paper that the draftsman would have done better to forestall writs of assistance limited to the one specified occasion by expressly requiring them to be general. A further fault is now to be nailed,

and less hindsightedly. The American inclination to regard the writ as a species of search warrant, and hence susceptible of the constraints associated with that instrument, in particular those proceeding from the common-law objection to generality, can only have been encouraged by section 10 seeming to project the writ as constitutive of the searching officer's power. In the words of section 10, it would be "Writs of Assistants, to authorise and impower the Officers of his Majesty's Customs to enter and go into any House" that the colonial courts were to issue.

What had happened is obvious. In the hundred and more years that had passed, the old meaning of "authorised" as it occurred in the Act of Frauds of 1662 - an attestation of identity - had become obsolete, and had been lost sight of. The 1767 draftsman took it and applied it in a way suggestive of its familiar modern signification; not any the less, either, by coupling "impower" on to it.

Something else is quite plain. Better primed with sound law though Attorney General De Grey may have become in time for that invaluably informative 1768 opinion touching the writ of assistance and its juridical orientation, in 1767 learning on that undeniably esoteric subject was still in need of filling out.

2. THE WRIT AS IT BEGAN IN CANADA

The American customs commissioners had the 1768 De Grey opinion printed (together with the case to which it responded) and circulated to their staff at the ports;[49] and also to each of the various colonial attorneys general, with a request that he "move the superior Court of your Province, that Writs of Assistants may be issued". Included in the distribution was a printed standard form of writ of assistance, with blanks left for local particularities, which the commissioners' solicitor had drafted in the light of the materials from England.[50]

In most of the colonies that were to become the United States inaction or stalemate continued, the De Grey opinion notwithstanding.[51] To the north, however, the commissioners did better. Reporting to the Treasury at Westminster on October 20, 1772,[52] they stated that their officers at Quebec[53] and Halifax had been "furnished with a Writ of Assistants agreable to the Form transmitted". Apparently the Island of St. John had not yet come into

line, though other evidence suggests that it was shortly to do so.[54] If there was total default, it probably was only in Newfoundland, and that not from contumaciousness so much as genuine procedural difficulty.[55]

The form of writ of assistance that was prepared for the American customs commissioners in 1768-69 is reproduced in Appendix C. As with the English prototype (of which Appendix A could be an example), its stupefying prolixity amounts in substance to nothing more than a directive that its miscellany of addressees - "all ... our Officers, Ministers, and Subjects", to round them up - turn to and facilitate the customs man in his search.[56]

So closely was this writ modelled on the English writ that for all the mention it made of its real begetter, section 10 of the Revenue Act of 1767 (or, for that matter, of the Act of Frauds of 1696, whose flawed attempt to give customs officers in North America an English-style power of search on land had occasioned the 1767 provision), the only legislation in point might have been the 1662 enactment on which the English writ was based. Not a hint did it betray of that unfortunate wording of section 10, so easily capable of meaning that a writ of assistance "to authorise and impower the Officers of his Majesty's Customs to enter and go into any House" constituted in itself the source, or at least the channel, of the officer's lawful competence.

Inasmuch as it may have been part of the intention of the De Grey opinion in 1768 to play down the error in the 1767 statute, the solicitor to the American customs commissioners drafted his writ not at all badly.[57]

3. THE SLIP SHOWING

Nevertheless, section 10 was there, and it did not go away. The American board of customs commissioners was dissolved in 1784, but the writs of assistance legislation that had coincided with the establishment of that ill-starred body continued intact, still warped by the slip in draftsmanship which caused it to imply that the sanction for the customs officer's search was the writ of assistance itself.

Although, despite this, the American commissioners as advised by Attorney General De Grey had drafted and procured writs on the orthodox English pattern - in essence, a

requisition upon the addressees that the customs officer's search be facilitated - the time was to come when the text of section 10 of the Revenue Act of 1767 would be taken at face value. Here is a writ of assistance as issued by the Supreme Court of New Brunswick in Hilary term 1823:

> George the fourth by the Grace of God of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, King, defender of the faith, & c. To Henry Wright Eqr Collector of our Customs for the Port of Saint John in our Province of New Brunswick, Robert Parker Eqr Comptroller of our Customs for the same Port, James C. Kelly Eqr Surveyor and Searcher of our Customs for the same Port, Henry George Clopper Preventive Officer of our Customs for the Port of Fredericton and the vicinity thereof, and all other officers of our Customs for the same Ports - Greeting
>
> We do hereby authorize and empower you, and each and every one of you, by virtue of this Writ, to take a constable or other public Officer inhabiting near unto the place; and in the day time to enter and go into any house Shop Cellar Warehouse or room or any other place within our said Port of Fredericton or the vicinity thereof; and in Case of Resistance, to break open the doors thereof, and all Chests, trunks, and other packages therein, and there to Seize and from thence to bring any kind of Goods and Merchandize whatsoever prohibited and uncustomed, and to put and secure the same in our Storehouse in our said Port of Fredericton. And We do hereby authorize, and strictly enjoin and require, all Justices of the Peace, Mayors, Sheriffs and Bailiffs, and all our Officers Ministers and Subjects whatsoever, to be aiding and assisting to you and each and every of you, in the due execution hereof.
>
> Witness John Sanders Esquire, Chief Justice, at Fredericton the twenty second day of February in the fourth Year of our Reign A D 1823
>
> By order of the Court and Chief Justice's Fiat indorsed
>
> [signature]

This is among the records of the English board of customs commissioners,[58] to whom the responsibilities of the American commissioners had reverted. It does not appear to have evoked adverse comment in London; the presumption might be, indeed, that the originating draft came from there, for adoption in all the North American provinces.

In enjoining an anonymous generality of public officers and private persons to be aiding and assisting, and in its recital of scope and circumstances of use - practically in the very terms of section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 - the text of this New Brunswick writ of assistance showed the influence of the English model. But it was not only, or even primarily, to the putative "assistants" that the writ was addressed; nor was the directive to give assistance its foremost purport. The persons to whom the writ bade greeting, and spoke first, were the various named and other officers of the customs; and what it communicated to these was the power to take a local peace officer "and in the day time to enter and go into any house" - for all the world as if section 5(2) of the 1662 Act of Frauds had not deployed that same formula to confer the power directly. It was a curious hybrid that came forth from the Supreme Court of New Brunswick in 1823, not least for its problematic correspondence to the writ of assistance's doctrinal matrix: the "secret in law" enunciated by Coke, which required a writ invented for the better implementation of a public statute to accord with "the force and effect of the act".

The fault was not with the drafting of the writ, of course. Even if the 1768 opinion of Attorney General De Grey was still remembered fifty-odd years later on (assuming the English customs commissioners so much as knew of it), the writ of assistance in British North America could not have continued indefinitely imitating the English prototype and ignoring the words of the statute by which it existed: on a plain reading, section 10 of the Revenue Act of 1767 meant that the customs officer's power of search derived from his writ of assistance, and it is not surprising that in course of time the wording of the writ came to reflect this. The writ of assistance that, falsely to its proper doctrinal provenance, began to take on the character of a search warrant was the product not of error in its own preparation but of defective legislative draftsmanship carrying over from 1767. Probably enough, something on the lines of the New Brunswick writ was the best that could be made of the English commissioners' legislative inheritance in North America.

4. THE SLIP COMPOUNDED

Here is another surviving text from the early middle history of the writ of assistance in Canada (from the province of Canada, in fact):

> Victoria by the Grace of GOD, of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, Queen, Defender of the Faith. To the Collector, and to every other Officer of our Customs in and for the Town of Hamilton at Burlington Bay in the District of Gore and to all and singular the Constables and other Peace Officers in and for the said District of Gore and to all others whom it may concern - GREETING:
>
> We do, by this our Writ, give to you our Collector, and to every other our Officer of our Customs in and for the Town of Hamilton in Burlington Bay full power and authority; And we do strictly command you, taking with you a Peace Officer of our said District, to enter any Building or other place, in the day time, and to search for and seize and secure any Goods liable to forfeiture under a certain Act of Parliament of our United Kingdom of Great Britain and Ireland, passed in the third and fourth years of the Reign of His late Majesty King William the Fourth, late King of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, entitled, "An Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad"; and in case of necessity, to break open any Doors, and any Chests, or other Packages, for that Purpose. And we do further command all Constables and other Peace Officers of the said District, that they may be aiding and assisting you in the premises as it behoveth.
>
> WITNESS, the Honourable JOHN BEVERLY ROBINSON, Chief Justice, at Toronto, the Seventh day of August in the Seventh year of our Reign.
>
> By Rule of Court
> Dated 9 August 1843
> [Signature of Solicitor General] [Signature][59]

In this Canadian specimen of 1843, the trend towards constituting the writ itself as the source of the power to enter and search is even more pronounced than in the New Brunswick specimen of twenty years earlier.

However, it was not the fateful legislation of 1767 that made for this further wrench away from true doctrine and authentic antecedent. Westminster's customs statutes for the United Kingdom and for the colonies had become an unintelligible accumulation of graftings and amendments, and the mid-1820s brought extensive reformulation. Out went section 10 of the Revenue Act of 1767, and in came section 53 of the Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad of 1825:[60]

> And be it further enacted, That under Authority of a Writ of Assistance granted by the Superior or Supreme Court of Justice, or Court of Vice-Admiralty having Jurisdiction in the Place (who are hereby authorized and required to grant such Writ of Assistance, upon Application made to them for that purpose by the principal Officers of His Majesty's Customs), it shall be lawful for any Officer of the Customs, taking with him a Peace Officer, to enter any Building or other Place in the Daytime, and to search for and seize and secure any Goods liable to Forfeiture under this Act; and in case of Necessity, to break open any Doors and any Chests or other Packages for that Purpose; and such Writ of Assistance, when issued, shall be deemed to be in force during the whole of the Reign in which the same shall have been granted, and for Twelve Months from the Conclusion of such Reign.

A few peripheral points should be made in passing. In the colonies, the common-law principle that a customs seizure became perfected into a forfeiture only by judicial process[61] had long been set askew by statutes that permitted the process to be an admiralty one.[62] Thanks to the Act of 1825 another common-law original, the customs writ of assistance, also might partake of that exotic provenance. The Act of Frauds of 1662, with which writ of assistance search began, had sanctioned the use of force only "in Case of Resistance"; the 1825 Act softened this to the less determinate "case of Necessity". The principle that made practical sense of the writ of assistance - that the customs officer be accompanied by a peace officer - was preserved in the 1825 Act. The 1662 Act had specified that the peace officer be a local man, but the 1825 Act did not. At common law, the customs writ of assistance, like a good many other instruments that spoke in the name of the King, could not survive him unless statute had so provided; hence the tailpiece in the 1825 enactment giving it an extra twelve months (though something of the sort had existed, in the colonies as well as in England, since 1702.)[63]

Of more central interest are the words in which the Act of 1825 declared it lawful for a customs officer (accompanied by a peace officer) to enter and search buildings and so forth, "under Authority of a Writ of Assistance". Or, to be strictly in point, the corresponding words in an exactly similar provision, section 61 of the Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad[64] which in 1833 superseded the Act of 1825. This was the Act referred to in the 1843 Canadian writ of assistance that asserted itself so positively as the foundation of the customs officers' power of entry and search - more positively than had the New Brunswick specimen of twenty years previously, when section 10 of the Revenue Act of 1767 was still the related legislation. It was as if section 10 had been succeeded by something worded at least as unsatisfactorily as its own blueprint for error, "Writs of Assistants, to authorise and impower the Officers of his Majesty's Customs to enter and go into any House".

5. LEGISLATIVE FOG YET AGAIN

The draftsman of the 1825 provision was far better placed than his predecessor of 1767 had been. The 1767 man confronted a complex presentational problem: to produce a text ostensibly for the removal of doubt but which in reality adapted a cumulatively unsatisfactory combination of old enactments to a law officer's opinion that had emptied them of effective application in the colonies. Those ancient and inadequate relics - including the whole of the Act of Frauds of 1662 and as much as matters of the Act of Frauds of 1696 - were now being swept away, along with the 1767 penmanship that had parlayed them so dextrously.[65] For what little bygone legislation survived to impede him, the 1825 draftsman started on a clean slate.

The intention of section 5(2) of the Act of Frauds of 1662 that the customs officer's power of entry and search stemmed directly from the statute (neither channeled nor relayed through the writ of assistance) had been expressed thus: "And it shall be lawful to or for any Person ... to enter, and go into any House". It became clouded, however, by a misreading of one of the conditions attaching to the power; namely, that the person be "authorized by Writ of Assistance". People forgot that in the mid-seventeenth century, "authorized" still had the secondary meaning: attestation of a particular identity or status. They also assumed, wrongly, that section 5(2) contemplated writs of assistance that actually conferred the power somehow. The

confusion went so far as to infect the wording of the 1767 legislation for customs search in British North America, which in explicit terms prescribed "writs of Assistants, to authorize and impower the Officers of his Majesty's Customs to enter and go into any House". The 1825 Act did not repeat this blunder. Rather to the contrary. Section 53 dropped all mention of writs of assistance to "impower" customs officers to enter and search. The wording it did adopt, "That, under the Authority of a Writ of Assistance ... it shall be lawful for any Officer of the Customs to enter any Building" smacked more of 1662 than of 1767.

Still, it was not entirely in agreement with the 1662 formula. This is the more noticeable in that the companion enactment for the United Kingdom (where the repeal of the Act of Frauds of 1662 made a replacement provision for writ of assistance search as necessary as in the colonies) stuck to the old formula practically word for word: "And it shall and may be lawful for any Officer of Customs ... authorized by Writ of Assistance ... to enter any House".[66] Why did the Act for the colonies not take the opportunity and likewise return to the authentic "authorised by Writ of Assistance" rather than produce the wholly new formula, "under the Authority of a Writ of Assistance"? Perhaps because the draftsman, imagining or hoping that the new formula meant the same as the old, saw advantage in a slightly different wording that arguably left room for a different writ of assistance; in particular, for a writ of assistance of the hybrid kind, such as had been issued in New Brunswick: a writ addressed both to customs officers, bidding them search, and to peace officers, bidding them assist.

On the evidence of the New Brunswick specimen reproduced on page 50, which was dated 1823, these hybrid writs were in use at the time of the 1825 legislation, probably in all the North American provinces. For the wording of the new enactment to be such that all of them must at once be called in and replaced - as the logic of a text on the old 1662 lines surely would insist - by writs on the English model, which limited themselves to a single miscellany of addressees and to a single purport (peace officers and the rest, to "assist"), would be highly inconvenient. And possibly embarrassing, if the innovation were thought to repudiate former practice. After all, there had been a time, not so very long ago either, when people in British North America who disliked having their houses searched took a quite narrow view on writs of assistance.

Since the colonial hybrid writ of assistance apparently had the blessing of the customs commissioners in London, it perhaps is understandable that the new legislation in 1825 exhibited a somewhat similar duality, by dint of which it could be read both as conferring a power of search directly to the customs officer, and yet making it appear as if he got it from his writ of assistance. Because of a calculated ambiguity, customs officers could continue with their searches "under the Authority of a writ of Assistance" of the familiar hybrid kind; while the commissioners, also in the shelter of that opaque formula (in the composition of which they certainly would have had a say), perhaps awaited occasion to edge towards introduction into the colonies of writs of assistance of the more orthodox kind, as used in England.

6. THE LEGACY OF 1825

If that was the thinking behind the 1825 legislation it did not work. The hazards of a quick switch to writs of assistance that ordered no more than assistance and left the power of search squarely grounded in the statute were averted. But, far from making way for a transition to writs of the English type, the status quo hardened still more. The writ issued in the province of Canada in 1843 illustrates this: plainly linked to the 1833 successor of the 1825 Act, which in point of writ of assistance search was re-enacted verbatim, this writ was even more like a search warrant and less a mandate for assistance than the specimen from New Brunswick twenty years before.

In parenthesis, irony. Writ of assistance provision strictly provincial in scope is outside the limits of this study; but here is an exception. In 1807 the New Brunswick legislature passed An Act to prevent illicit and clandestine Trade, and for imposing a Duty upon Articles illegally imported or brought into this Province, to be levied and paid after the condemnation thereof, section 3 of which said this:

> [I]t shall and may be lawful for the said Treasurer or his Deputies respectively at all times to enter or board any ship or vessel arriving in this Province and to examine and search throughout the same for prohibited Articles and then to seize and from thence to carry away all such prohibited articles; and

being authorised by Writ of assistance under the Seal of His Majesty's Supreme Court, or of the Inferior Court of Common Pleas of the County in which the prohibited articles shall be found, which Writ the proper Officers of the said Courts are hereby authorised and required to issue upon the allowance or fiat of one of the Justices of the said Courts, to be filed together with the affidavit upon which the same is grounded, to take the High Sheriff, in person or his Deputy, or any Coroner of the County, and in the day time to enter and go into any House, Store, Warehouse or Outhouse, and in case of resistance to break open doors, and open and examine Casks, Chests, or other Packages, and there to seize and from thence to carry away any prohibited articles whatsoever which shall have been landed from any Ship, Vessel or Boat, or otherwise imported contrary to the provisions and the true intent and meaning of any Act of Parliament in that behalf made.[67]

Immediately noticeable is the essential similarity between this New Brunswick enactment of 1807 and the English archetype of writ of assistance search, section 5(2) of the Act of Frauds of 1662. Notwithstanding that section 10 of the Revenue Act of 1767 was still the operative imperial statute on writ of assistance search in British North America, New Brunswick preferred to reach back beyond that unsatisfactorily worded provision to the old original. Inasmuch as "authorised by Writ of Assistance" meant "accredited by writ of assistance" in the 1662 Act, it could carry the same meaning in the New Brunswick Act too; so that in the latter case as well as in the former, the actual power of search stemmed from the statute itself.

The irony is, of course, that in terms of fidelity to origins, later legislation on writ of assistance search for British North America would have done better to follow the example that had been set there in 1807.

7. THE CANADIAN MATRIX

However, when in 1867 the Canadian Parliament passed the first Customs Act,[68] this was how it provided for writ of assistance search (in section 92):

> Under authority of a Writ of Assistance granted either before or after the coming into force of this Act, (and all such Writs theretofore granted shall remain in full force for the purposes of this Act,) by any Judge of the Court of Queen's Bench or of the Common Pleas in the Province of Ontario, of the Superior Court or of the Court of Vice Admiralty in the Province of Quebec, or of the Supreme Court in Nova Scotia, or of the Court of Queen's Bench in New Brunswick, having jurisdiction in the place (who shall grant such Writ of assistance upon application made to him for that purpose by the Collector or principal officer of the Customs at the port or place, or by Her Majesty's Attorney General for Canada,) - any officer of the Customs, or any person employed for that purpose with the concurrence of the Governor in Council, expressed either by special order or appointment or by general regulation, taking with him a peace officer, may enter at any time in the day or night into any building or other place within the jurisdiction of the Court granting such Writ, and may search for and seize and secure any goods liable to forfeiture under this Act, and in case of necessity, may break open any doors and any chests or other packages for that purpose; - And such Writ of Assistance, when issued, shall be in force during the whole of the Reign in which the same shall have been granted, and for twelve months from the conclusion of such Reign.

The pattern having been long since set for writs of assistance to express themselves as if actually constituting the officer's authority to enter and search, it is hard to think there was any other sense in which this 1867 enactment was intended to be construed.[69]

To all appearances, the new Canadian regime of writ of assistance search had opted for a mode (which the legislation of the later colonial period had served only to promote) that, in this essential respect, was much more in the erroneous tradition of section 10 of the Revenue Act of 1767 than consonant with the authentic prescription founded by section 5(2) of the Act of Frauds of 1662.

8. A TWITCH OF ATAVISM?

The same is true in modern times. Take section 139 of the current Customs Act:

> Under the authority of a writ of assistance, any officer or any person employed for that purpose with the concurrence of the Governor in Council expressed either by special order or appointment or by general regulation, may enter, at any time in the day or night, into any building or other place within the jurisdiction of the court from which such writ issues, and may search for and seize and secure any goods that he has reasonable grounds to believe are liable to forfeiture under this Act, and, in case of necessity, may break open any doors and any chests or other packages for that purpose.

Issuance and duration of the writ of assistance are provided for in section 145:

> A judge of the Exchequer Court of Canada may grant a writ of assistance to an officer upon the application of the Attorney General of Canada, and such writ shall remain in force for as long as the person named therein remains an officer, whether in the same capacity or not.

(The Exchequer Court of Canada is now the Federal Court of Canada.)

However, sections 139 and 145 of the Customs Act - and corresponding provisions in the Excise Act, Narcotic Control Act and Food and Drugs Act - have undergone a remarkable exegesis, which bids fair to rule out the writ of assistance as itself constituting (in the manner of a search warrant) the authority for the search, or even as a conduit for it. In what probably ranks as the leading Canadian case on writs of assistance, In re Writs of Assistance, in 1965, Jackett P. said this:

> [W]hen a person holding a Writ of Assistance is exercising the powers conferred upon him thereby, he is exercising powers conferred upon him by statute pursuant to designation by the Attorney General of Canada or the Minister of National Health and Welfare, as the case may be,

> and is not executing an order or judgment of the Exchequer Court of Canada, or a judge thereof. Parliament, in its wisdom, has ordained that the authority conferred upon such officer shall be evidenced in the form of a writ issuing out of the Exchequer Court of Canada and the Court must bow to such statutory direction.[70]

Given this construction, the provisions for writ of assistance search in the Customs Act - and their counterparts in the Excise Act, Narcotic Control Act and Food and Drugs Act - present an unexpected face. The officer gets his power of search, not from or through the writ after all, and particularly not from the court or judge whom the legislature allowed no choice about granting the writ, but straight from the statute - almost like old times back in England, under the 1662 Act.

9. THE NUB OF THE MODERN CANADIAN WRIT

Here is the text of a writ of assistance framed on the In re Writs of Assistance prescription:

> In the Federal Court of Canada
> Trial Division
>
> Elizabeth II, by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith.
>
> To
>
> a member of the Royal Canadian Mounted Police Force,
>
> GREETING:
>
> You are hereby authorized, pursuant to Section 145 of the CUSTOMS ACT, to enter, at any time in the day or night, into any building or other place within the jurisdiction of this Court, to search for and seize and secure any goods which you have reasonable grounds to believe are liable to forfeiture under the CUSTOMS ACT, and, in case of necessity, to break open any doors and any chests or other packages for that purpose.

Witness a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this day of in the year of our Lord one thousand nine hundred and and in the year of our Reign

L.S.

[Then follows the French text]

[signed]
Registry Officer
Fonctionnaire du greffe

The key to recognizing this as something that does not constitute the holder's authority to enter and search is the reference to section 145 of the Customs Act (which has to do with the prescribed issuance process; it is section 139 that provides the authority as such). Writs denoting like authority under the Excise, Narcotic Control, or Food and Drugs Acts are similar. All the writs are on models set forth by Jackett P. in In re Writs of Assistance, and all must therefore be seen as simply evidencing the holder as a person duly accredited and authorized to exercise a power conferred upon him by statute and by nothing else. The English writ of assistance evoked by the Act of Frauds of 1662 was not entirely like this; for one thing, its function was never merely evidentiary (at least in theory, it served to put the obligatory peace officer on notice of his legal duty to assist). On the other hand, equally with Jackett P., the Court of Exchequer, under whose seal it had to be issued, could have disowned substantive responsibility for the power with which it was associated.

10. A SECRET STUMBLED UPON?

There is another respect in which the ruling of Jackett P. has had the effect of remodelling the Canadian position on old lines. As if distancing the court still further from what he had called "the extraordinarily wide powers" linked to the writ of assistance, the learned judge said this:

> [C]are must be taken to insure that the writs do not say anything other than that which Parliament has directed and [do] not contain anything that is calculated to mislead the reader into thinking that the writ is anything other than that which the terms of the legislation require.[71]

The "secret in law" in Coke's Third Institute will be recalled, particularly its closing words:

> [U]pon any statute made for the common peace, or good of the realm, a writ may be devised for the better execution of the same, according to the force and effect of the act.

Jackett P.'s insistence that the various writs of assistance correspond precisely to their sponsoring legislation answers well to this "secret", the doctrinal source of their English forerunner.

11. WRITS OF WHAT ASSISTANCE?

However, and less ticklesome to the historical fancy, there is a respect in which the modern Canadian writs of assistance conspicuously do not chime in with how it all began. The tendency observed in the writ issued in the province of Canada in 1843, for the directive that peace officers assist in the search increasingly to take second place to the directive that the customs officer make the search, has reached the point where assistance is not enjoined at all.

In the present-day customs writ of assistance set forth on pages 60 and 61 this ultimate swerve out of line is apparent: assistance, or having someone accompany the searching officer, is not so much as mentioned. And it is not really different with the narcotic control and the food and drugs writs, which say:

> You are hereby authorized and empowered ... aided and assisted by such person as you may require, at any time, to enter any dwelling house....

Or with the excise writ, and its statement that:

> You are hereby authorized ... to enter, in the night time, if accompanied by a peace officer, and in the day time without being so accompanied, any building or other place....

To allow of assistance, or even - as with excise search at night - to stipulate it, is not necessarily to put anyone under obligation actually to give it. Yet it was exactly such an obligation that the writ of assistance, in its original format, represented.

12. LEGISLATION ON THE LOOSE AGAIN

The question is, though, whether these latter-day Canadian writs of assistance - "so-called writs of assistance", one is tempted to dub them, all eponymity having gone - could properly have conformed to the old style in any case. What made possible (under Coke's "secret in law") the writ of assistance called for by the 1662 Act's section 5(2) was the general obligation to lend assistance to customs men imposed by section 32. Is a comparable obligation to be found in the modern Canadian statutes providing for writ of assistance search, that might sustain a writ of the old kind?

Not in the Narcotic Control Act or the Food and Drugs Act, certainly, which are quite silent on the subject. The Customs Act, section 140, has this:

> Any officer or person in the discharge of the duty of seizing goods, vessels, vehicles or property liable to forfeiture under this Act, may call in such lawful aid and assistance in the Queen's name, as is necessary for securing and protecting such seized goods, vessels, vehicles or property.

Whether this might or might not be construed as a general obligation to assist in the safekeeping of things already seized, it surely does not constitute a general obligation in the seeking out of seizures.

The Excise Act does better. Section 77 states:

> All justices of the peace, mayors, bailiffs, constables and all persons serving under Her Majesty by commission, warrant or otherwise, and all other persons whomsoever shall aid and assist, and they are hereby respectively required to aid and assist, every officer in the due execution of any act or thing authorized, required or enjoined by this or any other Act.

This clearly is wide enough for the excise writ of assistance actually to requisition the attendance of a peace officer when needed (and not merely allude to it).[72]

Section 77 had a predecessor in the Canadian Parliament's first excise legislation, the Inland Revenue

Act of 1867.[73] But, as it is at the present day so it was then: the contrast that no comparable statutory obligation to assist existed on the customs side - that is, in the Customs Act of 1867. Yet both 1867 Acts legislated for writ of assistance search, and in terms broadly similar to each other - again much as today. The Inland Revenue Act's writ of assistance search provision, in section 125, was followed immediately, in section 126, by the general obligation to assist; and it is little different with sections 76 and 77 of the current Excise Act. It is doubtful, however, whether the proximity has ever signified a connection. If the intention in the excise legislation was to underpin the writ of assistance with a statutory obligation of assistance, why not in the customs legislation also?

13. ROOT OF THE ROT

One can conclude that no directive for assistance is to be found in modern Canadian writs of assistance because the governing legislation has long since ceased to see them as predicating it.[74]

Signs in British North America of writ of assistance search drifting from its doctrinal moorings go back long before the Acts of 1867, however. This time, the blame does not lie with section 10 of the Revenue Act of 1767. When section 10 was still in force, the writ of assistance was backed, through a link in the Act of Frauds of 1696, by the same blanket provision for assistance as had always sustained it in England; namely, section 32 of the Act of Frauds of 1662. The reformulation of the imperial customs laws in 1825 involved repeal of the 1662 Act. But nothing was brought in to take the place of section 32.

Writ of assistance search having got by thus denuded for some forty-odd years, the promoters of the Canadian customs legislation in 1867 presumably saw no reason not to go on that way (while those responsible for the 1867 excise legislation, which did include a provision for assistance, similarly had no inkling of its relevance to the writ of assistance in their own enactment). And so, it appears, things have continued.

Beyond doubt, a writ of assistance ordering assistance, without the legislative infrastructure to support it, would be something of an excrescence doctrinally. From this point of view, the Canadian writs' abandonment of this feature has been just as well. But what they may have become in consequence beggars classification.

Part V

RETROSPECT FROM LIMBO

1. HISTORICAL MISCELLANEA

A miscellany of common-law influences played upon the originating English legislation for writ of assistance search: unease lest nocturnal visitations, to hearth and home particularly, occasion violent disorder; preference that powers of entry and search be entrusted to known public officers; reluctance to concede a right of entry by force; and more besides. Traces of such ancient common-law predispositions have survived in the modern Canadian legislation - for instance, in the explicit or special provisions made for entry and search in the night, and in it still being considered advisable to have the use of force sanctioned specifically.

However, with the passage of time, the historical baggage has become a little ragged and untidy. "Resistance" has been displaced by "necessity" as justification for force (a change dating from the colonial era:[75] less sharpness of definition, one would have thought). Under the old law, justification of even mere entry depended upon something lawfully seizable being actually found;[76] nowadays the statutes temper this by indicating "reasonable grounds to believe" and the like to be sufficient justification. (Though might not that looser rein prove more a trip-wire if the grounds and their reasonableness were argued to be not determinable ex post facto merely, but were for verification in advance?) Some jettisonings are less noteworthy than others, of course. It obviously does not matter that the location for storage of the seized goods is no longer legislated for. On the other hand it is paradoxical, to say the least, that the attendant peace officer should mostly have been dropped, whose presence at the entry and search it had been a prime practical purpose of the writ of assistance to secure. (Nor is the illogicality much alleviated by the circumstance that the searching officer is likely to be a member of the Royal Canadian Mounted Police, and hence himself a peace officer.)

Accretions, as well as bits falling off, also account for some of the old coherence being lost. Again, there are

particular instances that signify little. Legislated provision that the writ of assistance "shall remain in force so long as any person named therein remains an officer" disposes of any question about the writ expiring at the end of the reign (which the common-law position would have suggested[77]); and if the intention was also to inhibit issuance of writs good for the one time only - the heresy prevalent among the breakaway colonies around the turn of the 1770s - then, viewed alongside the more or less standard substantive search provision, it looks to have been ex abundanti cautela. One does notice, however, that the practice - not adopted in England, but going back more than two hundred years in British North America - of having the writ of assistance made out to a named holder, is at the centre here; as it is in another Canadian connection - delegation to another officer (section 79 of the Excise Act affords an example). To the extent that personal designation of the holder of a writ of assistance is a factor in the conferment of the search power associated with the writ,[78] delegation perhaps involves some conflict of principle; though none that could be made much of.

Not all the implants are free from practical anomaly, however. In point are the procedures prescribed for issuance of writs of assistance. It surely seems extravagant that application must perforce be by the Attorney General of Canada.[79] If there does exist cogent reason why the country's principal law officer should be required to undertake a simple executive duty more suited to a groundling clerk, it is not apparent to the naked eye. An explanation of sorts is suggested by history. In the late 1760s and the early 1770s, direct applications by their officers mostly having failed, the American customs commissioners at Boston took to engaging the respective attorneys general for the task of persuading colonial and provincial courts to issue the writs of assistance mandated by section 10 of the Revenue Act of 1767. Notwithstanding a more compliant disposition among the northern courts, attorneys general of the provinces later to be Canadian were included. One wonders, then, whether the present laws that dictate so strangely that application for a writ of assistance be by the Attorney General of Canada may not be traceable to an emergency measure provoked by events elsewhere more than two hundred years ago.

Even more odd is the companion requirement, that applications for writs of assistance be dealt with by a judge of the Federal Court. What, in England, is literally

a rubber-stamp routine in the office of the Queen's Remembrancer has, in Canada, been propelled into the judicial stratosphere. And, it must be remarked, to some perplexity up there. The terms of the legislation, in all cases, divest the judge of any deliberative function. Thus Jackett P. in the In re Writs of Assistance case:

> Having regard to the fact that the Writ of Assistance confers authority upon the person named therein to exercise the wide powers of search throughout the whole of his career and without limit as to place, I find it very difficult, if not impossible, to conceive of any basis upon which a judicial discretion might be exercised. What advantage does it serve to determine that, at the time of the issuance of the writ, the officer is an appropriate person in whom to vest such extraordinary powers, when, by the terms of the statute, he is to continue to have the powers for a period that may extend to twenty or thirty years? Similarly, it is not possible for the Court to exercise a discretion as to whether the particular circumstances in which the powers of search are to be used are appropriate for the exercise of such wide powers of search.[80]

Extensively citing Jackett P. ten years later, Collier J. in Re Writs of Assistance[81] saw the court

> reluctantly bowing to the dictates of the statute and [having] no say or discretion in the matter of issuing these writs which are then placed in the hands of persons who, in individual cases, may seriously abuse the unrestrained invasionary powers given....[82]

As for himself:

> I was ... shocked and incredulous that the Court should be asked or required, on such fragile and unenlightening material, to lend its authority to the clothing of an unknown Government officer with such extensive unlimited powers.[83]

Judicial disquiet was deepening, by the look of it.

On the ratiocination of Jackett P., the judge granting the writ of assistance bore no responsibility for the power it signified, which went to the officer direct from the statute. All the same, the statute's casting the judge in a role so jejune and so intrinsically out of keeping with his office could be seen as making sense only as a contrivance for presenting a rather ugly power of peremptory intrusion in respectable court dress. Yet, once again, it would be unwise to leave history out of account.

For it may well be that section 10 of the Revenue Act of 1767, that fountain-head of so much that went wrong with writ of assistance search in British North America, has something to answer for here too. What gave rise to section 10, it will be recalled, was linked to the circumstance that the pivotal enactment on writ of assistance search, section 5(2) of the Act of Frauds of 1662, required the writ to be "under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer", and that the Court of Exchequer's process did not extend to the colonies. The 1767 enactment intended to remedy the stultification that exposure of this brought about, by providing that writs of assistance "shall and may be granted by the Superior, or Supreme Court of Justice having Jurisdiction" in the respective colony. It perhaps would have done better to follow the 1662 Act more closely, and speak of issuance of the writ as under the seal of the colonial court; for, as it was, and what with its talk of writs of assistance being "granted" and of "Jurisdiction", applications for the writ looked as if they needed to be dealt with by a bench of judges, and not by just a clerk in the court registry. However, the 1767 style of wording was carried over into the subsequent legislation, probably deepening the impression that the issuance of a writ of assistance was more judicial than prothonotarial in character. In this perspective one can surmise how the modern norm, the writ granted by a judge, came about. In course of time - certainly by 1867, and the Canadian Parliament's first legislation for writ of assistance search - it became evident that a process of such small substance did not need the attention of a full court, even nominally, so the duty was made over to a judge sitting alone. However, the principle was no different - that is, if principle can evolve from error.

2. A JOB SKIMPED?

The law on writ of assistance search has been under blight of one sort or another almost from the beginning.

Applicable only to goods that were both "prohibited and uncustomed", the first enactment of them all, in 1662, quickly proved too constrictive and narrow and had to be complemented by the formal resurrection of a discredited scheme for individual seach warrants.[84] In 1696, the mess that law and practice had got into in England infected customs enforcement legislation then being introduced for North America, with the consequence that search of buildings there depended upon a statutory text incapable of being read, let alone understood. When occasion for a corrective at last presented itself, what was produced was the ineffable section 10 of the Revenue Act of 1767. Looking back from the state of the law in Canada today, and through the various bits and pieces of legislation in between (notably that of 1825), one sees quite clearly that what possibility there might ever have been of fixing writ of assistance search in British North America on to an historically authentic juridical frame was enfeebled, to the point of fatality, by the muffing of the opportunity in 1767.

Something to be noticed is that within a year of the flawed 1767 enactment, the English attorney general William De Grey delivered the opinion which to this day constitutes virtually all the ex officio learning that exists on writ of assistance search in its earlier, classical mode. (Set forth in full in Appendix B, it is learning that this present study has been grateful to exploit more than once.) The case to which the opinion was responding had to do with the unwillingness of most of the colonial judicatures to issue writs of assistance in the general open-ended form that the customs authorities believed the 1767 Act intended. One cannot help wondering whether the gentleness of tone in which Attorney General De Grey addressed such recalcitrance - "this Process was probably new to many of the Judges"; "they seem to have had no opportunity of Informing Themselves about it"; "excuseable that They wished to have Time to consider of it"; and so forth - perhaps did not reflect, in some degree, reasons nearer to home for understanding how easy it was to go wrong. Certainly, when insisting that "the Power of the Custom-House Officer is given by Act of Parliament, & not by This Writ", De Grey cannot but have been uncomfortably aware of the recent Act's explicit provision for "Writs of Assistants, to authorise and impower the Officers of his Majesty's Customs to enter and go into any House". Indeed, his recommendation that "the Text of the Writ issued by the Court of Exchequer in England shd. be sent over to the Several Colonies in America, together with the Manner of applying for it & of

granting it" intended the effect that the text of the statute be disregarded. The second part of the recommendation, that the issuance process (by the King's Remembrancer) be explained to the colonial judicatures, in disabusing them of the notion that the writ of assistance should be good for the specifically attested occasion only and hence predicated on some measure of judicial deliberation, would also have the effect of dislodging any presumption that when section 10 of the 1767 Act spoke of writs being "granted" and of the court "having Jurisdiction", it contemplated action by the bench rather than by just the registrar.

It follows from all this that if the draftsmanship behind section 10 of the Revenue Act of 1767 had been informed by the learning deployed by Attorney General De Grey in the summer of 1768, a far better job would have resulted. Or if, like the colonial judicatures, the draftsman had been equipped with the text of the customs writ of assistance, and put himself to the trouble of actually reading it. Either way, he surely would have realized that what that protracted and turgid rigmarole boiled down to was a simple directive to its multiple addressees to facilitate the customs officer in his search. Which is much as to say that he would not have fallen into the error of having the writ "authorise and impower" the officer to make the search. And there is something else, touching on the judicial quality that section 10 misleadingly tended to impart to issuance of the writ. Just possibly, the draftsman mistook for the customs writ of assistance one of those other, less unfamiliar, writs of assistance, which truly did pertain to a judicial process.[85] In particular, perhaps, he may have been thinking of the specimen that ordered the sheriff to help a party gain possession of land, issued as it commonly was by the Court of Exchequer (on the equity side, however; the customs writ of assistance naturally belonged on the common-law side).

Be that speculative detail as it may. What emerges as incontrovertible is that those responsible for section 10 of the Revenue Act of 1767, whatever their cleverness with its presentational aspects, were light on substantive knowledge. Not to put too fine a point on it, they went ahead without having found out what the customs writ of assistance really was.

3. TOOLS TOO FEW

So far as published materials go, writ of assistance search has been enveloped in misunderstanding and obscurity

even into modern times.[86] A (somewhat dubious) specimen of the writ, dating probably from the 1680s and in Latin of sorts, appeared in a manual of exchequer practice that was last printed in 1725.[87] Writ of assistance search has attracted scholarly comment in Canada, and if only because of the historic court room debate on it in Boston in 1761 - "Then and there the child Independence was born" - it features often enough in accounts of the American Revolution. But in England, where it began, and where it still goes on in roughly the old way, learned treatises have accorded it scarcely a muttered footnote.[88]

Reported cases bearing informatively on the writ and its juridical orientation are all but non-existent in England. The few cases that give it a mention for the most part do so only incidentally, or for the sake of comparing something else. The earliest, Horne v. Boosey, decided in 1733,[89] was about a seizure by a man who ought to have had a writ of assistance but did not. The most recent, in 1830, might perhaps rank as the leading case, except that it leads to confusion. In between, there was a thin scattering of sidelong references. An unfortunate one is on record from Lord Mansfield C.J., no less, in a case belonging to the Wilkesite general warrants cluster, Leach v. Money,[90] in 1765: "there are many cases where particular acts of parliament have given authority to apprehend, under general warrants; as in the case of writ of assistance". One wonders whether this early and, given the source, weighty promulgation of the false identification of the writ of assistance with a search warrant perhaps did not contribute to the like error in and deriving from section 10 of the Revenue Act of 1767. Twenty years later, in Cooper v. Boot,[91] Lord Mansfield C.J. in effect admitted the insufficiency of his learning on the subject: writ of assistance search having been brought into the argument, he postponed judgment for counsel to find out more about it. To no great avail, apparently; but there was at any rate one point on which Mansfield did better than in 1765. "The writ of assistance ... is no warrant", he now said. It is still spoken of as such, though, even today.

Oddly, marginalia of this sort also supply what little other English authority exists on writ of assistance search. Counsel in Cooper v. Boot cited an unreported case before Lord Camden C.J. in the mid-1760s, Shipley v. Redmain, "on a writ of assistance, when it was considered settled law that a person acting under the writ, and finding nothing, was not justified". Similarly De Grey C.J., who as

attorney general had been busied with the writ of assistance in British North America, in Bostock v. Saunders (1773: a case that Cooper v. Boot overturned, though not on this point):[92] the searcher with writ of assistance was "only justifiable in an action of trespass by the event". Constraints on the searcher were elaborated in De Grey's private papers,[93] which show him glossing the briefly reported Oldfield v. Licet (1775)[94] with an attribution to Gould J.: the "Custom H. officer, exceeding or abusing in a legal Search" was liable as a trespasser ab initio (rather than in case, apparently). Gould J. seems to have been touching on another hazard of writ of assistance search in an interjection in Hill v. Barnes (1777);[95] this time, seemingly, the requirement in the Act of Frauds of 1662 that the accompanying peace officer be "inhabiting near unto the Place". Said Gould, "I had a ... case once before me in Poole. - A Custom-House officer, who had seized some smuggled cambrick, had a verdict, with very large damages, against him, because he was attended by a constable, not of the town of Poole, but of the county of Dorset". Finally - at any rate, there has been no case since - R. v. Watts and Watts in 1830, which occasioned the off-target comments by Lord Tenterden C.J. animadverted upon earlier.[96]

That writ of assistance search has appeared only so seldom and so tangentially in the English law reports may owe something to the restraint, partly statutory in its operation, which the customs commissioners imposed on the use actually made of the writ.[97] For all its unfetteredness in theory or strict law, from early in the eighteenth century till well into the nineteenth writ of assistance search in England was in practice regulated according to specifically attested - even sworn - occasion for it. Such circumspection may have steered the customs authorities clear of troublesome protest, but the silence of the law reports does not signify advantage all along the line. What with the dearth of reported cases and the total lack of learned commentary in the books, authentic information on writ of assistance search was never available in sufficiency. It seems to have been none too abundant in the arcana imperii either. Why else the disfigurements in the legislative history of the subject - which has led in Canada to writ of assistance search parting from its doctrinal roots to become something altogether exotic - than that reference materials were hard to come by even for the Crown's own lawyers?

Particularly lost sight of, one suspects, was the germinal "secret in law" enshrined in Coke's Third

Institute. In that valuable 1768 opinion, circulated among all the topmost courts in British North America, Attorney General William De Grey identified the customs writ of assistance as "founded upon the Common Law". He did not say exactly where, however. Had he done so, posterity would have been still better served. As it was, the "secret" stayed under wraps too long.

APPENDIX A

Writ of Assistance (English), Mid-Eighteenth Century

George the Second by the Grace of God of Great Britain France and Ireland King Defender of the Faith & c. -

To all and every the Officers and Ministers who now have, or hereafter shall have, any Office, power or Authority from or under the Jurisdiction of the Lord High Admiral, or our Admiralty of England, and to all and every our Vice Admirals, Justices of the peace, mayors, Sheriffs, Constables, Bailiffs, Headboroughs and all other our Officers Ministers and Subjects within every City Borough Town & County of England, the Dominion of Wales, and Town of Berwick upon Tweed, and to every of you -

Greeting: Know Ye, that Whereas we by our Letters patent under our Great Seal of Great Britain bearing date the 4th. day of July in the 32d Year of our Reign have constituted, appointed and Assigned our Trusty and well beloved Sr. John Evelyn Bart., Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash and Claudius Amyand Esqrs. Commissioners for Managing and Causing to be levied and Collected our Customs, Subsidies and Other Duties in the Said Letters Patent mentioned: during our pleasure and by our Commission aforesaid we have given and Granted unto our Said Commissioners or any four or more of them full power and Authority to manage and cause to be levied, all and every the Customs subsidies, duties of Tonage and Poundage and all Other Sums of Money growing and renewing due and payable to us, for or by reason of any Goods wares or Merchandizes imported or brought into England, the Dominion of Wales or Town of Berwick upon Tweed, or Exported out of England the Dominion of Wales or Town of Berwick upon Tweed by way of merchandize according to the Tenor and Effect of a Certain Act or reputed Act of Parliament made at Westminster the 25th. day of April in the 12th. Year of the Reign of the Late King Charles the Second and afterwards ratified and Confirmed in and by another Act of Parliament made at Westminster the Eighth day of May in the 13th. Year of the Reign of the Said late King Charles the Second, and according to the Said Several particulars Rates & Values of the Said Goods and Merchandizes mentioned and Expressed in a

Certain book of Rates and Certain Rules, Orders and directions and allowances to the Said Book of Rates annexed, and in and by the Said Acts, or one of them enacted, and in and by the Said Acts, or one of them enacted, approved, ratified and Confirmed according to the Tenor or Effect of another Act of Parliament made in the first Year of his late Majesty King James the Second intituled an Act for Settling the revenue on his Majesty for his life and also full power & Authority to manage & Cause to be levied & Collected all and every the Customs, Rates, Subsidies, Dutys Payments and Sums of Money; arising & Growing due and payable to us according to the tenor and Effect of Several Acts of Parliament in the Said Letters patent mentioned as also full power and Authority to Manage and Cause to be Levied and Collected, all Other the Customs, Rates, Duties and payments which are or shall be in any wise due or payable to us for or upon the Importation or Exportation of the same Goods, Wares or Merchandizes into or out of England, the Dominion of Wales or Town of Berwick upon Tweed and further by our Said Letters Patent we have given and Granted to our Said Commissioners or any four or more of them during our Pleasure aforesaid full power and Authority to Cause to be put into Execution all and every the Clauses in the Same or in any other Act or Acts of parliament contained, touching or Concerning the Collecting Levying receiving or Securing of the Duties therein mentioned, or any of them, or any part or parts thereof, and to do all Other Matters or things whatsoever Which by any of the Commissioners for the time being intrusted with the Receipt and Management of our Customs can or may be lawfully done, and further by our Commission aforesaid we have given full Power and Authority to our Said Commissioners or any four or more of them from time to time to Constitute and appoint by any Writing under the hands and Seals of them or any four or more of them such Inferior Officers in all and every the ports of England, the Dominion of Wales or Town of Berwick upon Tweed, as by nomination, Warrant and directions from the Commissioners of the Treasury, then, or for the time being, or from the Lord Treasurer for the time being, as our Said Commissioners Shall direct, and them from time to time to suspend remove and displace, as our Said Commissioners or any four or more of them shall seem necessary or expedient for our Service in the premises, and further that all and every the Customs and Subsidies of Tonage and Poundage, and all and Singular the Sums of Money and other premisses may be duly paid to us, and we may be truly & faithfully Answered the Same we have given and Granted unto our Said Commissioners or any Four or more of them and to all and every the Collectors,

Deputy Collectors, Ministers, Servants or Other Officers serving and Attending in all and Every the Ports of England, Dominion of Wales or Town of Berwick upon Tweed, full power and Authority from time to time at their and every of their Will and pleasure as well by night as by Day to enter and go on board any Ship, Boat or other Vessell riding, lying, or being within and coming to any Port, Crek, or Haven in England, the Dominion of Wales or Town of Berwick upon Tweed, and Such Ship Boat or Vessell then and there found, to search and look into, and the persons therein being Strictly to examine touching or concerning the premises aforesaid as also in the Day time to enter into the Vaults, Cellers, warehouses, Shops and other places, where any Goods, wares or Merchandizes lye concealed or are Suspected to be concealed for which the Customs and Subsidies and other the Duties and Sums of Money aforesaid are not or shall not be duly and truly Answered satisfied and paid to the Collectors, Deputy Collectors, Ministers, Servants and Other Officers aforesaid respectively, or Otherwise agreed for according to the true intent of the Law and the Same vaults, Cellars, warehouses, Shops and other places aforesaid to Search and look into, and all and every the Trunks, Chests, Boxes, & packs then and there found to Break open, and do all other Matters which Shall be found necessary for our Services in Such Cases and agreeable to the Law and Statutes of England, as in the said Commission (among other things) is more fully contained. Therefore we Strictly enjoin and Command you, and every one of you that all Excuses apart, you and every one of you permit the Said Sir John Evelyn Bart., Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash & Claudius Amyand Esqrs. and the Deputies, Ministers, Servants and Other Officers of our Said Commissioners, and every one of them from time to time, as they Shall think proper, as well by Night as by Day to enter and go on board any Ship Boat or Other Vessell riding lying or being within and coming to any Port Creek or Haven of England, the Dominion of Wales and Town of Berwick upon Tweed, and such Ship Boat and Vessell then and there found to Search and oversee, and the persons therein being strictly to examine touching & Concerning the premises aforesaid according to the form Effect and true Intent of our Commission and the Laws and Statutes of England in that behalf made and provided, and in the day time to enter and go into the Vaults, Cellars warehouses Shops and other places where any Goods, Wares or Merchandizes lye Concealed or are Suspected to be concealed, for which the Customs and Subsidies of Tonage & poundage and other the Sums of money

are not or Shall not be duly or truly Answered satisfied and paid to our Collectors, Deputy Collectors, Ministers Servants and other Officers respectively or otherwise agreed for, according to the true intent of the Law to inspect and oversee and Search for the Said Goods, Wares and Merchandizes, and further to do and Exercise all things which of Right and according to the Laws and Statutes of England in this behalf shall be to be done according to the Effect and true meaning of our Commission aforesaid and the Laws and Statutes of England and we further Strictly enjoin and Command you and every one of you that to the said Sir John Evelyn Bart., Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash and Claudius Amyand Esqrs. our Commissioners and to their Deputies, Ministers, Servants, and Other Officers and every one of them, you and every one of you be aiding assisting and helping in the Execution of the premises as is meet, and this you, or any of you in no wise omit at your perils, Witness Sir Thomas Parker Knt. at Westminster the 28th. day of May in the 23d. Year of our Reign. By the Remembrance Rolls & so forth and by the Barons

Signed
Masham

APPENDIX B

Case for the Opinion of Attorney General William De Grey "touching the Granting Writts of Assistants in America", 1768

7th. Geo. 3d.
Ch.46

By this Act of Parliament, after Reciting "That by an Act of Parliament made in the 14th. Cha. 2d. Intitled An Act for Preventing ffrauds and regulating Abuses in His Majesty's Customs, and several other Acts now in Force, it is lawful for any Officer of His Majesty's Customs authorized by writ of Assistants under the Seal of His Majesty's Court of Exchequer to take a Constable, Headborough or any other Public Officer inhabiting near unto the Place, and in the Day time to Enter and go into any House Shop Cellar Warehouse or Room or other Place, and, in Case of Resistance, to break open Doors, Chests, Trunks and other Package there to seize and from thence to bring any Kinds of Goods or Merchandize whatsoever, Prohibited, or uncustomed, and to put and secure the same in his Majesty's Storehouse next to the Place where the Seizure shall be made; And further Reciting that by an Act made in the 7th. and 8th. of William the 3d. intituled An Act for Preventing ffrauds and regulating Abuses in the Plantation Trade, It was amongst other Things Enacted, that the Officers for collecting and managing his Majesty's Revenue and inspecting the Plantation Trade in America should have the same Powers and Authorities to enter Houses or Warehouses to search for and seize Goods Prohibited to be imported or exported into or out of the any of the said Plantations or for which any Duties were payable or ought to have been Paid, and that the like Assistance should be given to the said Officers in the Execution of their Office as by the said recited Act of the 14th. Charles 2d. is Provided for the Officers in England, But no Authority being Expressly given by the said Act of 7th. and 8th. William 3d. to any particular Court to Grant such Writs of Assistants for the Officers of the Customs in the said Plantations it was doubted whether such Officers could legally Enter Houses and other Places on Land to search for and Seize Goods in the Manner directed by the said Acts, To obviate which Doubts for the future and in order to carry the Intention of the said Acts into Effectual Execution.

it is Enacted, That after the 20th. of November 1767 such writs of Assistance to Authorize and Empower the Officers of his Majesty's Customs to Enter and go into any House Warehouse Shop Sellar or other Place in the British Colonies or Plantations in America to search for and seize Prohibited or uncustomed Goods in the Manner directed by the said recited Acts, shall and may be Granted by the Superior or Supreme Court of Justice having Jurisdiction within such Colony or Plantation respectively

In Pursuance of this Act of Parliament the Officers of the Customs in America have applied to the Judges of the Superior Courts of Judicature in the respective Provinces for writs of Assistants but most of them have refused to Grant such Writs, seemingly for this reason, that no Information had been made to them of any special occasion for such Writ, and that it will be unconstitutional to lodge such writ in the hands of the Officer, as it will give him a discretionary Power to Act under it in such manner as he shall think necessary.

But it must be observed that if such a General writ of Assistants is not Granted to the Officer, the true Intent of the Act may in almost every Case be evaded, for if he is obliged, every time he knows, or has received Information, of Prohibited or unaccustomed Goods being concealed, to apply to the supreme Court of Judicature for a writ of Assistants, such Concealed Goods may be conveyed away before the writ can be obtained. Inquiry has been made into the Manner of Granting Writs of Assistants in England and it appears that such writs are Issued out of the Court of Exchequer whenever the Commrs. of the Customs apply for them - Every Officer of the Customs here is armed with such a writ, and whenever a New Officer is appointed the Commrs. direct their Solr. to procure a writ of Assistants, which is issued as a Matter of Course by the Clerks of the Excheqr. without any application to the Court - This writ is directed to all Officers and Ministers who have any Office Power or Authority from or under the Lord High Admiral of England, To all and every Vice Admirals Justices of the Peace Mayors Sheriffs Constables Bailiffs Headboroughs and all other the Kings Officers Ministers and Subjects, Commanding them to be aiding Assisting and helping the Commissioners of the Customs and their Deputys Ministers Servants and other Officers in the Execution of their Duty.

Q. Whether the Superior Courts of Justice in the British Colonies or Plantations in America, ought not upon Application, to Issue writs of Assistants in the same manner as is Practised in the Court of Exchequer in England, and what Steps should be taken by Government in Order to Enforce the Issuing of these writs, for the Protection of the Officers of the Customs Abroad.

There can be no Doubt, but that the Superior Courts of Justice in America are bound by the 7. G. 3. to issue such Writs of Assistance, as the Court of Exchequer in England issues in similar Cases, to the Officers of the Customs.

As this Process was probably new to many of the Judges there, & They seem to have had no opportunity of Informing Themselves about it, it is Perhaps in some Measure excuseable that They wished to have Time to consider of it & to inquire into the practise of the Court of Exchequer & of other Colonies; & I think it can only be because the Subject was entirely misunderstood & the Practise in England unknown, that the Chief Justice of Pensilvania, Who is generally well spoken of, cou'd Imagine, that "He was not warranted by Law" to issue a Writ commanded by the Legislature; wch. Writ was founded upon the Common Law, enforced by Acts of Parliament & in dayley use in England, & wch. from the General Import of the 7.W.3. ought to have been set on Foot from that Time in America; & wch. Statute the Late Act only meant to explain. & it appears accordingly, that in Boston, where a very able Judge presides & some Experience had been had upon the Subject, no difficulty was made in granting it.

I think therefore it is adviseable that the Text of the Writ issued by the Court of Exchequer in England shd. be sent over to the Several Colonies in America, together with the Manner of applying for it & of granting it. By wch. They will see, that the Power of the Custom House Officer is given by Act of Parliament, & not by This Writ, wch. does nothing more than facilitate the Execution of the Power by making the disobedience of the Writ a Contempt of the Court; The Writ only requiring all Subjects to permit the Exercise of it & to aid it. The Writ is a Notification of the Character of the Bearer to the Constable & others to Whom He applies & a Security to the Subject agst. others Who might pretend to such authority. Nobody has it but a Custom House Officer armed with such a Writ.

The Writ is not granted upon a Previous Information, nor to any Particular Person, nor on a special occasion. The Inconvenience of That was experienced upon the Act of 12. C. 2. C. 19, & the Present Method of Proceeding adopted in Lieu of what That Statute had prescribed.

[signed] Wm. De Grey
Aug. 20. 1768

(PRO T1/465)

APPENDIX C

Form of Writ of Assistance for British North America, 1768-69

Province of

GEORGE the Third, by the Grace of GOD of Great-Britain, France and Ireland, KING, Defender of the Faith, and so forth.

To all and every the Officers and Ministers who now have or hereafter shall have any Office, Power or Authority, from or under the Jurisdiction of the Lord High Admiral of our Admiralty of England, to all and every our Vice Admirals, Justices of the Peace, Sheriffs, Mayors, Constables, Bailiffs, Head Boroughs, and all other our Officers, Ministers and Subjects, within every City, Town and County within our said Province.

KNOW YE, That whereas We by Our Letters Patent under Our Seal of Great-Britain, bearing Date the eighth Day of September, in the Seventh Year of Our Reign, have constituted appointed and assigned Our trusty and well beloved Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Paxton, and John Robinson, Esquires, Commissioners for managing and causing to be collected and levied Our Customs and other Duties in Our said Letters Patent mentioned, during Our Pleasure, and by Our Commission aforesaid, We have given and granted to Our said Commissioners, or any three or more of them, full Power and Authority to manage and cause to be levied and collected, all and every the Customs and other Duties, and all other Sums growing and renewing, due and payable to Us, for and by Reason of any Goods, Wares or Merchandizes, imported or brought into any of Our Colonies, Plantations and Provinces, lying and being on the Continent of America, from the Streights commonly called Davis's Streights, to the Capes of Florida, and the Islands and Territories to such Colonies and Plantations respectively adjoining and belonging; together with Our Island of Bermuda, and Our Islands called and known by the Name of the Bahama Islands, by way of Merchandize, according

to the tenor and effect of several Acts of Parliament in that Case made and provided, and also full Power and Authority to manage and cause to be levied and collected all and every the Customs, Rates, Duties, Payments and Sums of Money arising and growing due and payable to Us according to the tenor and effect of several Acts of Parliament in the said Letters Patent mentioned, as also full Power and Authority to manage and cause to be collected and levied all other the Customs, Rates, Duties and Payments which are or shall be in any wise due, or payable to Us, for or upon the Importation or Exportation of any Goods, Wares or Merchandize into, or out of any of Our Colonies, Plantations and Provinces, lying and being on the Continent of America, from the Streights commonly called Davis's-Streights, to the Capes of Florida, and the Islands and Territories to such Colonies and Plantations respectively adjoining and belonging; together with Our Island of Bermuda, and Our Islands called and known by the Name of Bahama-Islands. Further, by Our said Letters Patent We have given and granted to Our said Commissoners, or any three or more of them during Our Pleasure aforesaid, full Power and Authority to Cause to be put in Execution, all and every the Clauses in the same or in any other Act or Acts of Parliament contained, touching or concerning the collecting, levying, receiving or securing of the Duties therein mentioned, or any of them, or any Part or Parts thereof; and to do all other Matters or Things whatsoever, which by any of the Commissioners for the Time being, intrusted with the Receipt and Management of our Customs can or may be lawfully done. And further by Our Commission aforesaid, we have given full Power and Authority to Our said Commissioners or any three or more of them, from Time to Time to constitute and appoint by any Writing under the Hands and Seals of them, or any three or more of them, such inferiour Officers in all and every the Ports in Our Colonies, Plantations and Provinces, lying and being on the Continent of America, from the Streights commonly called Davis's-Streights, to the Capes of Florida, and the Islands and Territories to such Colonies and Plantations respectively adjoining and belonging, together with Our Island of Bermuda, and Our Islands called and known by the Name of the Bahama-Islands, as by Nomination, Warrant and Directions from the Commissioners of the Treasury, then or for the Time being, as Our said Commissioners shall direct, and them from Time to Time to suspend, remove and displace, as to Our said Commissioners or any three or more of them shall seem necessary or expedient for our Service in the premises. And Further, that all and every the Customs and other Duties, and all and

singular the Sums of Money and other the Premises may be duly paid to Us, and We may be truly and faithfully answered the same, We have given and granted to Our said Commissioners or any three or more of them, and to all and every the Collectors, Deputy Collectors, Ministers, Servants or other Officers serving and attending in all and every the Ports in our Colonies, Plantations and Provinces lying and being on the Continent of America, from the Streights commonly called Davis's-Streights to the Capes of Florida, and the Islands and Territories to such Colonies and Plantations, respectively adjoining and belonging, together with Our Island of Bermuda, and Our Islands called and known by the Name of the Bahama Islands, full Power and Authority from Time to Time at their and every of their Wills and Pleasures, as well by Night as by Day to enter and go on board any Ship or Boat or other Vessel, riding, lying, or being within and coming to any Port, Creek or Haven, in Our Colonies, Plantations and Provinces, lying and being on the Continent of America, from the Streights commonly called Davis's-Streights to the Capes of Florida, and the Islands and Territories to such Colonies and Plantations, respectively adjoining and belonging, together with Our Island of Bermuda, and Our Islands called and known by the Name of the Bahama-Islands, such ship, Boat, and Vessel then and there found, to search and look into, the Persons therein being strictly to examine, touching or concerning the Premises aforesaid, as also, in the Day Time, to enter into the Vaults, Cellars, Warehouses, Shops and other Places where any Goods, Wares or Merchandizes lye concealed, or are suspected to be concealed, for which the Customs and other the Duties and Sums of Money aforesaid are not or shall not be duly and truly answered, satisfied and paid to the Collectors, Deputy-Collectors, Ministers, Servants or other Officers aforesaid respectively, or otherwise agreed for, according to the true Intent of the Law, and the same Vaults, Cellars, Warehouses, Shops and other Places aforesaid, to search and look into, and all and every the Trunks, Chests, Boxes and Packs, then and there found, to break open, and to do all other matters which shall be found necessary for Our Services in such Cases, and agreeable to the Laws and Statutes of England, as in the said Commission among other Things is more fully contained. Therefore, We strictly injoin and command you, and every one of you, that (all Excuses apart) you and every one of you, permit the said Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Paxton, and John Robinson, Esquires, and the Deputies, Ministers, Servants and other Officers of the said Commissioners and every one of them, from Time to Time as

they think proper, as well by Night as by Day, to enter and go on board any Ship, Boat, or Vessel, riding, lying or being within, any Port, Creek or Haven, within our said Province, and such Ship, Boat and Vessel; then and there found, to search and oversee, and the Persons therein strictly to examine touching and concerning the Premises aforesaid, according to the Tenor, Effect, and true Intent of our Commission, and the Laws and Statutes of England, in that Case made and provided; and in the Day Time, to enter and go into the Vaults, Cellars, Warehouses, Shops and other Places, where any Goods, Wares or Merchandizes lye concealed, or are suspected to be concealed for which the Customs and other the Sums of Money are not or shall not be duly and truly answered, satisfied and paid to our Collector, Deputy Collectors, Ministers, Servants, and other Officers respectively, or otherwise agreed for, according to the true Intent of the Law, to inspect and oversee and search for the said Goods, Wares or Merchandizes; and further to do and execute all Things which of right and according to the Laws and Statutes of England in this behalf shall be done according to the Effect and true Meaning of our Commission aforesaid, and the Laws and Statutes of England. And We further strictly injoyn and command you and every one of you, That to the said Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Paxton, and John Robinson, Esquires Our Commissioners, and to their Deputies, Ministers, Servants and other Officers, and every one of them, you, and every one of you, from Time to Time be aiding and assisting and helping in the execution of the Premises as is meet, and this you, or any of you, in no wise omit at your Perils.

Witness Esq: at the Day of

in the Year of Our reign.

ENDNOTES

1. 7 Geo. 3, c. 46, s. 10.

2. C. F. Adams, ed., Life and Works of John Adams, vol. 10 (Boston, 1856), p. 248.

3. The Fourth Amendment to the Constitution of the United States reads as follows:

> The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

4. Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40; Excise Act, R.S.C. 1970, c. E-12; Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1; Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27.

5. See note 52, below.

6. De Grey had rendered an opinion two years earlier on problems arising in the colonies, which related to writ of assistance search. His 1766 opinion, and its cause and effect, are discussed in greater detail at pp. 32 and following.

7. See the Appendix by Horace Gray, Jr. (later of the U.S. Supreme Court) in S. M. Quincy, ed., Reports of Cases Argued and Adjudged in the Superior Court of Judicature of the Province of Massachusetts Bay Between 1761 and 1772 by Josiah Quincy Jr. (Boston, 1865) 395 at pp. 395-400.

8. 13 & 14 Car. 2, c. 11.

9. R. v. Watts and Watts (1830), 1 B. & Ad. 166 at p. 175.

10. Of Lord Tenterden C.J. in Lord Campbell's Lives of the Chief Justices of England, vol. 3 (London, 1857), p. 309: "[H]e did not reach the reputation of infallibility."

11. Edward Coke, The Third Part of the Institutes of the Laws of England, 6th ed. (London, 1680), p. 162.

12. F. W. Maitland, "The History of the Register of Original Writs", in Select Essays in Anglo-American Legal History II (Boston, 1908), p. 558; See also pp. 559-60.

13. Cited judicially from Brougham's Statesmen in the Times of George III by Lord Denning M.R. in Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones, [1968] 2 Q.B. 299 at p. 308.

14. More on this proclamation is in M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), pp. 23-24.

15. Hill v. Barnes (1777), 2 W. Black. 1135 at p. 1137. Cf. also Scott v. Shearman (1775), 2 W. Black. 977 at p. 977, where the defendant, a customs officer, threatened the plaintiff and his wife "if they would not give up the keys, he would break open the locks, and accordingly got a constable, to whom he produced his writ of assistance, and broke open the locks of the chambers, closets, and drawers, and took away twenty pints of Geneva".

16. Appendix B, and page 11 above.

17. 4 Geo. 2, c. 26.

18. 12 Car. 2, c. 19. For further discussion of this, see pages 27-29 and note 84, below.

19. 1 Eliz. 1, c. 11.

20. Acts of the Privy Council May 1629 - May 1630 (London, 1960), p. 1135.

21. M. Hale, History of the Pleas of the Crown, vol. 2 (London, 1736), p. 150.

22. See the opinion of Attorney General De Grey at Appendix B, speaking of the "authority" given by section 5(2): "Nobody has it but a Custom-House Officer armed with such a Writ".

23. Note 21 above, p. 150.

24. W. S. Holdsworth, History of English Law, vol. 5 (London, 1924), p. 482.

25. "Concerning the Custom of Goods Imported and Exported", in F. Hargrave, ed., Law Tracts (Dublin, 1757).

26. Cf. M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), pp. 23-24.

27. See note 84.

28. 1 Jac. 2, c. 1.

29. Cf. Smith, op. cit., p. 49.

30. (1719), 6 Geo. 1, c. 21.

31. 7 & 8 Gul. 3, c. 22.

32. Smith, op. cit., chapter 16.

33. PRO T1/543.

34. Deputations were documents of appointment issued by the customs commissioners under a warrant from the Treasury.

35. See, e.g., the text quoted at Quincy's Reports, p. 433.

36. It seems to have been a factor in the earlier Massachusetts decision in favour of writs of assistance that the Superior Court there had an exchequer jurisdiction, conferred by an act of the provincial legislature.

37. PRO T1/543. See note 33, above. See also note 6.

38. (1584), 3 Co. Rep. 7a.

39. The matters recounted in this section are dealt with in greater particularity in M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), chapter 18.

40. PRO T27/29. Cf. Smith, op. cit., p. 451.

41. PRO T29/38. Cf. Smith, op. cit., p. 452.

42. See page 14 above.

43. Page 29 et seq. above.

44. 6 Geo. 1, c. 21.

45. Cf. O. M. Dickerson, "Writs of Assistance as a Cause of the Revolution" in Richard B. Morris, ed., The Era of the American Revolution (New York, 1939); and Smith, op. cit., chapter 1.

46. See pages 44-72 below.

47. Smith, op. cit., chapter 16.

48. Ibid., chapter 21, for a fuller treatment.

49. A print of the case and opinion - doubtless the one sent to Halifax - is in the Public Archives of Nova Scotia: RG 31. See also Quincy's Reports, pp. 452-54, where Horace Gray reproduces "a copy remaining upon the files of March term 1769 of the Superior Court of Judicature of the Colony of Rhode Island".

50. See Appendix C. The letter-book of the solicitor, David Lisle, which is among the Boylston papers in the Massachusetts Historical Society, Boston, tells of three hundred copies of the writ form having been printed (fol. 13: Lisle to Board, January 23, 1769). Lisle's draft had been approved by the (lay) Chief Justice of Massachusetts, Thomas Hutchinson (fol. 12: Lisle to Board, n.d.). It appears (fol. 14) that not only the blanks were circulated, but also - presumably for guidance in colonies where the writ of assistance was quite new - a specimen showing how the empty spaces had been filled in by the Massachusetts Superior Court. The specimen sent to Halifax is in the Public Archives of Nova Scotia: RG 31.

For the text of the letter (by Lisle) to the attorneys general see Quincy's Reports, p. 506, and fol. 14 in Lisle's letter-book.

51. The Boston Gazette, September 11, 1769, sought to shame the local establishment with an invidious report that "every Province in America, except Massachusetts-Bay and Halifax, have refused to grant General Warrants or Writs of Assistants ...: even the little Colonies of Georgia and the Florida's have absolutely refused it". However, on October 20, 1772 the American customs commissioners included East and West Florida among colonies where the desired writ had been granted; they also included New Hampshire (which indeed had followed Massachusetts in granting a similar writ in the early 1760s): PRO T1/492.

52. Ibid. Nova Scotia had shared the earlier hesitations, however. See PRO T1/465, for the Halifax custom house reporting to the commissioners on March 1, 1768, that Chief Justice Jonathan Belcher had said "that the Court would at all times be ready to grant such writs and give every other Aid and Assistance to the Officers of the Customs that the Law required" but was "at a Loss with Respect to the Practice in such Cases, and in some Doubt about the Propriety of lodging the Writs in the Hands of the Officers of the Customs, that for the present the Clerk of the Court should have such Writts ready to fill up when applied for, and that when the Court be informed that the Practice in other Colonies were to lodge such Writs with the Officers of the Customs, they would do the same". Exactly when and how Belcher was persuaded to come round has not been discovered (except that if the newspaper report in note 51 above is to be believed, it was by September 1769). However, among the RG31 and 40 (vol. 8) papers in the Nova Scotia Public Archives are the texts of two writs of assistance, one from England and bearing a date in 1759, and the other issued by the Superior Court of Massachusetts in 1761, in the wake of the celebrated controversy; each indicates that it was copied on April 20, 1768, in Halifax (after which the originals presumably were returned to Boston). It is possible that the Nova Scotia court was persuaded by this evidence of usage in Massachusetts into issuing similarly general writs in 1768 (i.e., well before the circulation of the 1768 De Grey opinion, etc. - cf. notes 49 and 50 and texts above - early in 1769).

The Massachusetts writ had been drafted by Chief Justice Hutchinson (note 50 above, and cf. M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978),

pp. 413-14) from an English specimen obtained by William Bollan, the province's agent in London. It could have been exactly that specimen that was copied in Halifax in 1768, for the Halifax copy bears the same endorsement as Bollan himself recounted writing on the writ he sent to Boston in 1761: "N.B. These writs upon any application by the commissrs. of the customs to the proper officer of the court of exchequer are made out of course by him without any affidavit or order of the court" (Smith, op. cit., p. 541). The Massachusetts writ was made out to Charles Paxton of the Boston custom house. Paxton almost certainly was acquainted with the Nova Scotia Chief Justice, Jonathan Belcher, whose father, when Governor of Massachusetts, had been a patron of Paxton. So, not inconceivably, it was through a Belcher-Paxton connection that the Massachusetts documents were seen and copied in Halifax in 1768. Paxton probably had access not only to the records of the Boston custom house but also to any in the Superior Court: he and Chief Justice Hutchinson were old friends.

53. In 1772 the common law wholly held sway in Québec; and the common-law provenance of the customs writ of assistance therefore presented no problem. So too since the Quebec Act of 1774, presumably; inasmuch as the writ partakes of criminal law.

54. PRO T1/492. Requests that the attorneys general of the various colonies apply for writs of assistance on customs officers' behalf first went out in 1769. Such a letter was sent to Phillips Calbeck, Attorney General of the Island of St. John, on October 17, 1772 (Lisle letter-book, note 49 above, fol. 49). That it was addressed to "the Island of St. John Newfoundland" perhaps suggests that earlier letters in similar vein had gone astray. Miscarried mail - what with Saint John, N.B. and St. John's, Nfld. - was a reason for the Island changing its name to Prince Edward Island in 1799.

55. PRO T1/492. On July 10, 1769 the custom-house at St. John's reacted in bafflement to a directive from the commissioners concerning an application for writs of assistance to be made by the Attorney General: "we have never hitherto had such an Officer here"; and similarly again on November 20, 1771.

56. The "deputations" by which the American customs commissioners appointed certain of their subordinate staff recited that the appointee

> hath power ... in the day Time with Writ of Assistants granted by his Majesty's Superior or supreme Court of Justice and taking with him a Constable Headborough or other public Officer next inhabiting, to enter into any House, Shop, Cellar, Warehouse or other place whatsoever: not only within the said Port but within any other Port or place within our Jurisdiction there to make diligent Search and in case of resistance to break open any Door, Trunk, Chest, Pack, Truss or any other parcel or package whatsoever for any Goods, Wares or Merchandizes, prohibited to be exported out of or imported into the said Port, or whereof the Customs or other Duties have not been duly paid: And the same to Seize to his Majesty's use and to put and secure the same in the Warehouse in the Port next to the Place of Seizure....

This recital formed the bulk of what the deputation had to say; and something like it still featured prominently in the United Kingdom customs and excise officer's document of appointment in the mid-twentieth century. (An excellent specimen of the American commissioners' deputation is in the library of the University of New Brunswick.) Cf. Horne v. Boosey (1733), 2 Str. 952.

57. As is indicated by the pro forma BNA writ of 1768-69 reproduced in Appendix C (which stuck to the English original and merely requisitioned assistance), it was not until later - when the remaining North American colonies were again under the distant and comparatively loose regime of the English customs commissioners ? - that the infection of section 10 spread to the writs. That there had been no intention in 1767 to introduce anything substantively new is further illustrated by De Grey's 1768 opinion, which was at pains to put the writs contemplated by section 10 of the Revenue Act of 1767 into the old 1662 framework.

58. PRO Customs 34/280.

59. Public Archives, Canada, RG5 B32. This writ was made out from a pro forma print, deriving from the reign of William IV and the province of Upper Canada; suitable manuscript amendments were incorporated.

60. 6 Geo. 4, c. 114; see note 62 and text, below.

61. Cf. Smith, op. cit., pp. 11-13.

62. Ibid., pp. 15-16, 56-58.

63. 1 Ann. stat. 1, c. 8: only six months at that time, however.

64. 3 & 4 Gul. 4, c. 59.

65. 6 Geo. 4, c. 105.

66. 6 Geo. 4, c. 108, s. 40.

67. 47 Geo. 3, c. 16 (in PRO Customs 34/519). A specimen of the writ of assistance thus bespoken has not been discovered; one speculates whether the reference to an affidavit perhaps did not signify writs good for the one time only. See also note 74 below.

68. 31 Vict., c. 6.

69. Comparable wording provided for excise writ of assistance search in the simultaneous Inland Revenue Act, 31 Vict., c. 8, s. 125.

70. [1965] 2 Ex. C.R. 645 at pp. 651-52.

71. Ibid., p. 652.

72. Notwithstanding its closing words, section 77 cannot be read as obligating assistance beyond the purposes of the Excise Act; the limitation derives from how "officer" is defined in section 2.

73. Note 69 above.

74. The otherwise admirable New Brunswick legislation in 1807 (pages 56-57 above) for writ of assistance search omitted to provide for assistance itself.

75. See page 53 above.

76. See page 71 below.

77. Cf. M. H. Smith, The Writs of Assistance Case, (Berkeley, 1978), p. 130.

78. See Jackett P., as quoted at pages 59-60 above.

79. The Narcotic Control Act and Food and Drugs Act in fact nominate the Minister of National Health and Welfare for this purpose. Since March 22, 1978, however, the responsibility for making application for writs under these statutes - and under the Customs Act and Excise Act - has resided exclusively with the Attorney General of Canada. By virtue of an order in Council (P.C. 1978-732, dated March 9, 1978 and registered March 22, 1978) made pursuant to the Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act, R.S.C. 1970, c. P-34 (which provides, in section 2, that the Governor in Council may "transfer any powers, duties or functions ... from one minister of the Crown to any other minister of the Crown"), responsibility for writ applications pursuant to the Narcotic Control Act and the Food and Drugs Act was transferred from the Minister of National Health and Welfare to the Attorney General of Canada.

80. [1965] 2 Ex. C.R. 645 at pp. 650-51.

81. (1977), 34 C.C.C. (2d) 62. The report was published two years after the judgment.

82. Ibid., at p. 64.

83. Ibid., at p. 63.

84. For the unsatisfactory 12 Car. 2, c. 19 see pages 17, 27-29 above and the reference to it in the closing words of Attorney General De Grey's opinion at Appendix B below. De Grey's successor, Edward Thurlow, also was critical of it: Smith, op. cit., pp. 522-23. Its resurrection, in one guise or another, has proved remarkably permanent and pervasive. In the United Kingdom it continues to coexist with writ of assistance search, as subsections (3), (4), and (5) of section 161 of the Customs and Excise Management Act, 1979 (1979, c. 2). A similar duality is to be seen in current Canadian legislation: Customs Act, sections 134 and 139; Excise

Act, sections 72 and 76; Narcotic Control Act, section 10 (warrant and writ both); Food and Drugs Act, section 37 (similarly). The likeliest explanation for there being two processes more or less duplicating each other, continuing into the late twentieth century and in Canada as well as in England, is nervous hesitation in successive generations of legislators to cut away from a status quo needing too much devilling to get to the bottom of. A fuller treatment of the origins of the warrant/writ relationship than has been possible here is in Smith, op. cit., chapter 4.

85. See pages 9-10 above.

86. The most recent work with some appearance of learning on the subject perhaps is John Phillip Reid, In a Rebellious Spirit (University Park and London: Pennsylvania State University Press, 1979). Mosty it has to do with events in pre-revolutionary Massachusetts, particularly the Malcom episode in 1766 (pages 37-38 above). If judged by the following, its law must be taken with caution. The writ of assistance visited upon Malcom "was, in summary, a search warrant, authorizing customs men during daylight hours to enter and, if necessary, break into warehouses, stores and homes to search for smuggled goods" (p. 25).

87. William Brown, Compendium of the Several Branches of Practice in the Court of Exchequer at Westminster.

88. Footnote (t) to paragraph 61 under title "Revenue" in the third edition of Halsbury's Laws of England (London, 1962) has this:

> A writ of assistance is a document issued by letters patent out of the office of the Queen's Remembrancer in the Central Office of the Supreme Court of Judicature. This writ is not to be confused with the writ of assistance which may be issued in certain circumstances in connexion with execution.... A number of such writs are issued shortly after the commencement of each reign. They remain in force during that reign and for six months thereafter [Cited: the statutory provision since displaced by s. 161(6) of the Customs and Excise Management Act, 1979].

This is probably the most expansive treatment ever to have been accorded to the writ of assistance in an English publication.

89. (1733), 2 Str. 952.

90. (1765), 19 St. Tr. 1002.

91. (1785), 4 Dougl. 339; sub nom. Cooper v. Booth (1785), 3 Esp. 135.

92. (1773), 2 W. Black. 912, 3 Wils. 434.

93. Norfolk Record Office, Norwich: Walsingham (Maton) Papers, WLS IV/17, 202.

94. (1775), 2 W. Black. 1002.

95. (1777), 2 W. Black. 1135.

96. Page 12 above and note.

97. See pages 43-44 above.

Commission de réforme du droit du Canada
Law Reform Commission of Canada

L'ORIGINE DU MANDAT DE MAIN-FORTE EN ANGLETERRE ET SON HISTORIQUE AU CANADA

par

Maurice H. Smith

Canada

L'ORIGINE DU MANDAT DE MAIN-FORTE EN ANGLETERRE ET SON HISTORIQUE AU CANADA

Un document d'étude préparé à l'intention de la

Commission de réforme du droit du Canada

par

Maurice H. Smith

The English title is:

Origins of Writ of Assistance Search
in England,
and its Historical Background
in Canada

Tirage limité
(C) Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1984
N° de catalogue J32-3/35F
ISBN 0-662-92573-4

TABLE DES MATIÈRES

		Page
Sommaire		1
Partie I:	Les débuts	7
1.	La conjoncture	7
2.	Le mandat de main-forte: examen préliminaire	9
3.	La loi sanctionnant le mandat de main-forte	10
4.	Les origines doctrinales du mandat de main-forte	12
5.	La juridiction de la Cour de l'Échiquier	15
6.	Les racines du mandat de main-forte	16
7.	Les circonstances précédant l'instauration des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte	19
8.	Remise en question sur le plan constitutionnel	21
9.	L'influence du common law sur la loi de 1662	22
10.	Le législateur	26
Partie II:	Les traquenards de la législation	29
1.	La portée des dispositions de la loi de 1662	29
2.	Les effets sur la législation ultérieure	30
3.	Le signal d'alarme	31
4.	La loi de 1696	34
5.	Dénouement	37
Partie III:	Introduction en Amérique du Nord	45
1.	Les circonstances précédant l'adoption des Townshend Acts	45
2.	Les Townshend Acts	47
3.	Les astuces du métier	49
4.	Le raffinement	51
5.	Péché d'omission	52
6.	La pierre angulaire	55
Partie IV:	La transformation	57
1.	Retour en arrière à 1767	57
2.	L'introduction du mandat de main-forte au Canada	58
3.	L'erreur en évidence	60
4.	Perpétuation de l'erreur	62
5.	Nouvel imbroglio législatif	65

Page

6. L'héritage de 1825 68
7. Le moule canadien 69
8. Un soupçon d'atavisme? 70
9. Caractéristiques essentielles du mandat de main-forte canadien 72
10. La découverte d'une ressource secrète? 73
11. L'obligation de prêter main-forte? 74
12. La législation une fois de plus erratique 75
13. La source du problème 77

Partie V: Les sources de l'imbroglio 79

1. Faits historiques divers 79
2. Sabotage? 83
3. Pauvreté des ressources 85

Annexe A: Mandat de main-forte (britannique) au milieu du XVIII^{e} siècle 89

Annexe B: Opinion du procureur général William De Grey au sujet de la délivrance des mandats de main-forte en Amérique, 1768 93

Annexe C: Modèle de mandat de main-forte pour l'Amérique du Nord britannique, 1768-1769 97

Renvois 101

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma gratitude aux institutions archivistiques du Canada et du Royaume-Uni et à leur personnel, de même qu'à la société d'histoire du Massachusetts, dont l'aide généreuse a été pour moi d'une valeur inestimable.

M.H.S.

Broxbourne, Angleterre

SOMMAIRE

Ce document relate les origines britanniques du pouvoir vaste et péremptoire de fouiller des lieux privés, associé au mandat de main-forte, de même que l'introduction de ce pouvoir dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord et ses fondements actuels dans le droit fédéral canadien.

Dans la partie I du document, nous verrons comment sont apparues les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, en matière de douane. Nous verrons également que lors de la restauration, époque où la juridiction du Conseil privé ne pouvait plus justifier de telles perquisitions, on a légiféré afin d'établir des pouvoirs permettant de rechercher des biens de contrebande sur la terre ferme. Un texte de loi de 1660, destiné à combler les lacunes de la législation existante, permettait la délivrance de mandats autorisant des perquisitions spécifiques, et visant des biens à l'égard desquels les droits de douane n'avaient pas été acquittés. La perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, institution beaucoup plus originale sur le plan juridique, fit son apparition en 1662 avec l'adoption du paragraphe 5(2) de l'Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in his Majesty's Customs, ensemble de dispositions relatives à la perception des douanes, généralement connu sous le titre Act of Frauds.

Le pouvoir de perquisition prévu au paragraphe 5(2), et conféré à [TRADUCTION] "toute personne autorisée par un mandat de main-forte", devait se révéler la source de malentendus considérables. Le mandat dont il était question était essentiellement différent de tous les mandats de main-forte qui existaient alors, en ce qu'il obligeait pour ainsi dire tous les sujets du royaume à prêter assistance au douanier en cas de perquisition. Le paragraphe 5(2) intéressait en particulier l'agent de la paix local dont la présence ("assistance", en anglais de l'époque) devenait une autre condition de la perquisition (de fait, cette condition était sans doute la principale). Dans la mesure où, essentiellement, il permettait de réclamer main-forte, le mandat prévu par la loi de 1662 n'était manifestement pas la source du pouvoir de perquisition. Pourtant, à cause de l'évolution du champ sémantique du mot "authorised", on en est venu à penser exactement le contraire, c'est-à-dire que le mandat de main-forte était semblable à un mandat de perquisition. En effet, l'expression "authorised by Writ of Assistance", que l'on trouvait au paragraphe 5(2), signifiait en réalité

"dont l'identité est attestée par un mandat de main-forte". Utilisé dans ce sens maintenant devenu archaïque depuis longtemps, le terme "authorised" a permis d'escamoter le fait qu'en réalité, le pouvoir de perquisition associé au mandat de main-forte provenait directement de la loi.

Le mandat de main-forte nouvellement créé trouvait sa sanction dans une doctrine de common law proposée par Coke, suivant laquelle il existait en droit une [TRADUCTION] "ressource secrète" permettant de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi publique du Parlement, "selon la force et l'effet de la loi". Dans l'Act of Frauds de 1662, les dispositions du paragraphe 5(2) introduisaient le mandat de main-forte, mais c'est à l'article 32 qu'était sanctionné le contenu véritable du mandat, c'est-à-dire l'obligation presque universelle d'aider à l'application de la législation douanière.

La partie II traite d'autres aspects assez singuliers de la législation en cause, et dont les effets se firent sentir dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord. Parmi ceux-ci, on compte la définition, au paragraphe 5(2), des biens visés par la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte: [TRADUCTION] "tout bien ou toute marchandise, de quelque nature qu'il soit, interdit et introduit en contrebande". Or, il était impossible de donner à la conjonction "et" un sens disjonctif. Quelle que fût l'infraction commise à l'égard des biens en cause (même le non-paiement des droits), ceux-ci ne pouvaient faire légalement l'objet d'une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, à moins que l'importation ou l'exportation de ces biens ne soit prohibée. Une formule aussi limitée pouvait toujours faire l'affaire en 1662. En effet, la perception des douanes avait été affermée, et l'État se préoccupait moins de la protection des revenus provenant de la douane, que du maintien de la réglementation du commerce maritime impérial encore toute récente, qui était à la base de la plupart des prohibitions. Pourtant, lorsque la Couronne reprit l'administration des douanes en 1671, la définition précitée, maintenant devenue tout à fait inacceptable, ne fut pas élargie afin de viser tout simplement les marchandises à l'égard desquelles les droits n'avaient pas été acquittés. Peut-être n'en sentait-on pas le besoin, dans la mesure où l'interprétation restrictive du paragraphe 5(2) n'avait droit de cité que dans les discussions théoriques des juristes, et non en pratique dans les ports. Quoi qu'il en soit, les effets de cette négligence se firent sentir lorsqu'on voulut appliquer le régime douanier britannique

aux colonies. C'était une chose que de fermer les yeux sur la façon peu orthodoxe dont la loi était interprétée en pratique; c'en était une autre que de légiférer comme si cela n'avait pas d'importance. Par contre, en corrigeant ouvertement la formule défectueuse, l'on se serait trouvé à reconnaître ce manque de rigueur, et l'on se serait exposé à des poursuites ruineuses en responsabilité délictuelle. La solution de l'Act of Frauds de 1696 (dont le titre complet était: Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade) consista à noyer le poisson. À travers la prolixité rébarbative de l'article 6 de cette loi, on pouvait entrevoir certaines dispositions qui donnaient l'impression qu'à l'instar de différents autres pouvoirs d'application créés par la loi de 1662, les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte pouvaient être utilisées dans les colonies. Mais cela n'était jamais qu'une impression. En réalité, la substance véritable de l'article 6, laquelle était du reste assez maigre, était présentée sous une forme tellement boiteuse sur le plan syntaxique, qu'il était absolument impossible d'en donner une interprétation certaine.

L'illusion était assez réussie. En effet, il fallut attendre soixante-dix ans avant qu'elle ne commence à s'effriter, sans toutefois disparaître complètement. En Amérique, on avait fini par se convaincre que l'implantation des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte était le but visé par la loi de 1696 (cette interprétation fut d'ailleurs la source de la fameuse polémique de James Otis à l'encontre du mandat du Massachusetts, en 1761). Pourtant, en 1766, la confusion qui régnait au sein des tribunaux du Connecticut força le procureur général britannique à désavouer cette interprétation. La déclaration du procureur général portait principalement sur un autre aspect assez singulier du paragraphe 5(2) de l'Act of Frauds de 1662: le mandat devait être délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté. On avait insisté sur le caractère indispensable de cette condition; même le sceau d'un tribunal colonial investi de la juridiction de l'échiquier ne suffisait pas. Or, comme la juridiction de la Cour de l'Échiquier ne s'étendait pas aux colonies, les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte n'avaient aucun fondement légal dans les colonies.

Malgré l'indignation incrédule du Trésor, il n'existait qu'une solution: légiférer. À cette fin, on tira profit de la réforme fondamentale que Charles Townshend apporta au système douanier des colonies en 1767. La

partie III relate les débuts de la nouvelle disposition relative aux perquisitions, l'article 10 du Revenue Act, de 1767.

Cette disposition, qui avait censément pour but de dissiper les doutes que soulevait la législation existante (stratagème différent de celui de 1696, mais conçu également afin de faire échec aux poursuites qui auraient pu être intentées à l'encontre des perquisitions qui maintenant, semblaient avoir été exécutées illégalement), s'attaquait directement au problème de la juridiction. Dorénavant, la cour supérieure ou la cour suprême de chaque colonie était habilitée à délivrer des mandats de main-forte. On profita de l'occasion pour apporter une autre rectification, moins pressante toutefois. Reprenant par renvoi diverses dispositions importantes de la loi de 1662, laquelle restait le texte de base en la matière, le législateur remplaça discrètement la formule "interdit et introduit en contrebande" (établissant la portée des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte), devenue insatisfaisante, par la formule plus commode "interdit ou introduit en contrebande".

Que l'on ait voulu donner au pouvoir de perquisition visé à l'article 10, de même qu'au mandat de main-forte, une portée très générale, cela ne fait aucun doute. La résistance farouche qu'opposèrent les autorités britanniques à quelques initiatives coloniales visant à limiter la portée du mandat, et partant, celle du pouvoir de fouille, à une perquisition spécifique, en est la preuve indiscutable. Or, l'article 10 était muet sur cette question particulièrement épineuse. Sans doute eût-il été préférable d'énoncer qu'il s'agissait d'un pouvoir de perquisition de portée générale.

La partie IV traite d'autres lacunes dans la rédaction de l'article 10, et des effets que celles-ci eurent par la suite sur le droit canadien. Notamment, il était question, à l'article 10, de [TRADUCTION] "mandats de main-forte pour autoriser et habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté (...) à rechercher (...)". Inspirées de la formule initiale "personne autorisée par un mandat de main-forte", les dispositions de l'article 10 ne tenaient pas compte du fait qu'en 1662, le mot "authorised" signifiait également "dont l'identité est attestée par le mandat". Les tentatives que firent les autorités britanniques pour réparer cette maladresse eurent plus de succès dans les colonies du nord que dans celles du sud. Quoi qu'il en soit, la formulation des mandats canadiens refléta bientôt l'esprit des

dispositions de l'article 10 de la loi de 1767. Finalement, un mandat de nature hybride fut créé qui autorisait les perquisitions et imposait l'obligation de prêter main-forte.

En 1825, la législation fut de nouveau modifiée en profondeur par l'adoption de l'Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad, qui remplaçait toutes les dispositions législatives antérieures. Aux termes de l'article 53 de cette loi, des perquisitions pouvaient être exécutées [TRADUCTION] "sous l'autorité d'un mandat de main-forte". Cette modification subtile dans la formulation des dispositions de la loi, dont l'effet se fit sentir par la suite dans la nouvelle loi de 1833 qui la remplaça, semble avoir servi deux fins: permettre la continuation des mandats qui étaient toujours en vigueur, et favoriser une nouvelle définition théorique du mandat de main-forte, en rapport avec son contexte initial.

Les premiers efforts du parlement canadien dans ce domaine se retrouvent dans l'Acte concernant les douanes de 1867, dont l'article 92 vint sanctionner les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte. Pour ce qui est de la source du pouvoir en question, le contenu de la disposition canadienne se rapproche davantage de celui de la loi britannique de 1767, que de celui de la loi de 1662. Les lois canadiennes modernes telles que la Loi sur les douanes, la Loi sur l'accise, la Loi sur les stupéfiants et la Loi des aliments et drogues, semblent renforcer l'interprétation suivant laquelle le pouvoir de perquisitionner résulte du mandat lui-même.

En 1965, le juge Jackett, président de la Cour de l'Échiquier, s'inscrivit en faux contre cette interprétation dans l'affaire In re Writs of Assistance. Il soutint que le pouvoir du détenteur d'un tel mandat provenait uniquement de la loi et non du mandat, ni du tribunal qui avait délivré celui-ci. Cette décision semble avoir redonné au mandat de main-forte sa nature initiale, c'est-à-dire celle d'une sorte de pièce d'identité, et semble avoir réhabilité la doctrine proposée par Coke. Toutefois, à l'exception des mandats délivrés en vertu de la Loi sur l'accise, ni les mandats canadiens modernes, ni les dispositions législatives qui les ont créés, n'énoncent la nécessité de requérir main-forte. L'absence de cette exigence est sans doute attribuable à la loi de 1825 qui supprima toutes les dispositions législatives antérieures sur le sujet, et ne contenait aucune disposition remplaçant celle de l'article 32 de l'Act of Frauds.

Dans la partie V, le thème de la partie III est approfondi encore davantage. La cohésion de la législation initiale a diminué au cours de l'histoire, d'où l'apparition de différentes anomalies dans la forme actuelle des mandats de main-forte. La source de ces anomalies réside probablement dans la loi de 1767, dont la formulation malencontreuse a semé la confusion quant à la nature véritable du mandat de main-forte.

Le manque de données documentaires à ce sujet (exemples de mandats de l'époque, jurisprudence et doctrine) est peut-être imputable à la circonspection avec laquelle les mandats de main-forte étaient décernés et a probablement contribué à la transformation du mandat par rapport à sa source théorique initiale. En particulier, à la lumière de la doctrine de Coke concernant la "ressource secrète du droit", le mandat moderne semble avoir beaucoup évolué par rapport à sa nature initiale, c'est-à-dire celle d'un instrument destiné à faciliter l'application de la loi, pour devenir une source de pouvoir en soi.

PARTIE I

LES DÉBUTS

1. LA CONJONCTURE

L'année 1767 vit le régime douanier des colonies britanniques de l'Amérique du Nord se modifier en profondeur. Jusqu'alors, la responsabilité du système impérial de réglementation du transport maritime, du commerce et de la perception des douanes avait été assumée, tant dans les colonies qu'en Angleterre, par le bureau des commissaires des douanes de Londres. C'est à ce moment qu'à l'initiative de Charles Townshend, le Chancelier de l'Échiquier (pendant une période assez courte, cependant, car Townshend devait mourir avant la mise en application des mesures qu'il avait proposées), le Parlement de Westminster établit à Boston un bureau distinct pour l'Amérique, de même qu'un modeste tarif de droits d'importation que les commissaires étaient chargés d'appliquer. Le Revenue Act de 1767 contenait également la disposition suivante:

> [TRADUCTION]
>
> Un mandat de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison, entrepôt, magasin, cave ou autre endroit, dans les colonies ou les plantations britanniques d'Amérique, afin de rechercher et de saisir des biens interdits ou introduits en contrebande (...) peut être décerné par la (...) Cour supérieure ou la Cour suprême ayant juridiction dans la colonie ou dans la plantation en cause (...)[1]

Cette disposition marque le début de l'histoire des mandats de main-forte au Canada.

C'est dans les colonies sécessionnistes du Sud que l'histoire du mandat de main-forte a connu ses développements les plus importants. Sous les pressions des officiers de la Couronne britannique, les commissaires des douanes américains se mirent à harceler les tribunaux coloniaux afin que ceux-ci délivrent des mandats de portée générale qui permettent aux préposés des douanes d'organiser des perquisitions concernant les biens de contrebande aux endroits et de la façon qu'ils jugeaient appropriés. Ces efforts eurent peu de succès car les tribunaux firent la sourde oreille, quand ils ne refusèrent pas catégoriquement de

décerner ces instruments d'application de la législation douanière, qu'ils jugeaient trop avant-gardistes. En effet, dans la plupart des colonies, le mandat de main-forte était encore inconnu. Les tribunaux n'acceptaient de délivrer un mandat que sur présentation d'une déclaration sous serment spécifiant un endroit et un moment déterminés. Bien sûr, tout cela s'inscrit dans la ligne des critiques tapageuses dont tous les mandats de perquisition de portée générale firent l'objet, tant au Parlement que de la part des tribunaux britanniques, à l'époque de John Wilkes. Cette crise que connut l'Angleterre n'est sans doute pas étrangère à la situation qui existait en Amérique. Quoi qu'il en soit, les signes avant-coureurs d'une controverse concernant le mandat de main-forte s'étaient déjà manifestés en Amérique, au moment où James Otis avait tenté (en vain) de supprimer, dans sa province, les mandats de portée générale que les officiers de justice locaux s'étaient, par excès de zèle, cru autorisés à délivrer en vertu des vieilles lois coutumières. C'est dans cette controverse que John Adams devait distinguer les premières lueurs de l'indépendance[2]. Parce qu'il fut la cible des attaques d'Otis en 1761 et parce qu'il fit l'objet de rivalités entre les colonies au cours des années qui suivirent l'introduction des mesures de Townshend, le mandat général de main-forte devint un élément primordial de l'histoire des États-Unis. Les controverses qu'il suscita témoignent de l'aversion profonde de ce peuple envers l'arbitraire en matière de perquisition, sentiment que l'on retrouve notamment dans le quatrième amendement à la Constitution[3], et qui est très caractéristique de l'Amérique.

Au Canada, l'évolution fut différente. En effet, les pouvoirs de pénétrer dans un endroit et de perquisitionner en vertu d'un mandat de main-forte ont survécu aux contestations et se sont même développés. De nos jours, on les retrouve non seulement dans la législation douanière, mais aussi en matière d'accise et de drogues[4], ainsi que dans les lois provinciales. À la faveur de deux cents ans d'existence ininterrompue, pour ne pas dire florissante, le mandat de main-forte semble s'être implanté solidement au Canada.

Bien sûr cette implantation fait suite à l'importation au Canada des Townshend Acts de 1767, qui connurent une histoire parallèle en Angleterre.

2. LE MANDAT DE MAIN-FORTE: EXAMEN PRÉLIMINAIRE

On trouvera à l'annexe A le texte d'un mandat de main-forte délivré en Angleterre vers la fin du règne de George II. On le retrouve en Nouvelle-Écosse au printemps de 1768, date[5] qui correspond au stade préliminaire de la longue campagne que menèrent les commissaires des douanes américains en vue de familiariser les tribunaux des colonies avec l'usage du mandat de main-forte et de les amener à se conformer de façon satisfaisante à la loi de 1767. (Selon toute probabilité, il s'agit du plus ancien mandat de main-forte anglais qui existe encore de nos jours.)

Peu de temps après, à Westminster, lorsque la Trésorerie eut pris connaissance des difficultés auxquelles les commissaires faisaient face dans bon nombre de colonies, elle expédia en Amérique, sous la plume du procureur général de l'Angleterre, William De Grey, une opinion datée du 20 août 1768 dont nous avons également joint le texte intégral à l'annexe B. Nous croyons en effet que ce texte fait autorité en ce qui concerne les origines juridiques et pratiques du mandat de main-forte en matière de douane[6]. Le procureur général De Grey a joué un rôle décisif dans la mise en oeuvre de la Loi de 1767, comme nous le verrons plus en détail dans les pages qui suivent. Sur le plan qualitatif, ce rôle fut très inégal. Quoi qu'il en soit, en août 1768, il s'appliqua à bien approfondir cette question, et nous nous référerons à plusieurs reprises à l'opinion quil émit à cette date.

À ce stade, il convient de souligner le rectificatif que De Grey apporta au concept (qui, néanmoins, est demeuré très élastique) selon lequel le mandat de main-forte était de la nature d'un mandat de perquisition, c'est-à-dire un document qui était, en soi, la source du pouvoir du préposé des douanes de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer une perquisition. Voici ce que dit De Grey en 1768:

> [TRADUCTION]
>
> Le pouvoir du préposé du bureau de douane lui est conféré par une Loi du Parlement, et non par ce mandat dont le seul but est de faciliter l'exercice de ce pouvoir, en faisant de la désobéissance au mandat un outrage au tribunal; le mandat ne fait qu'ordonner à tous les sujets de permettre l'exercice de ce pouvoir et d'y prêter main-forte.

On peut, à la lecture du mandat rédigé sous le règne de George II, si tant est qu'on se sente le courage de s'y attaquer, constater que ce mandat ne conférait au préposé des douanes que le pouvoir d'exiger l'aide des citoyens. Au-delà de sa prolixité rébarbative, le mandat n'était en somme qu'une directive émise au nom du roi, qui ordonnait, de façon générale, aux fonctionnaires navals, militaires et civils, de même qu'au public, d'aider le douanier dans l'accomplissement de son travail.

On aura remarqué qu'au cours des derniers paragraphes, nous n'avons parlé que du mandat de main-forte en matière de douane. En effet, le lecteur a pu être amené à croire qu'il existe, ou du moins, qu'il a existé des mandats de main-forte dans d'autres domaines que celui-là. Au cours des siècles, certains instruments se sont développés qui n'avaient rien à voir avec l'application de la législation douanière, et qui n'avaient que peu de rapport les uns avec les autres. Quelques-uns d'entre eux étaient liés aux fonctions du shérif. Par exemple, l'un de ces mandats ordonnait au shérif d'aider un débiteur du roi à recouvrer une créance qui lui était due, afin de pouvoir payer le roi. Un autre lui ordonnait d'aider à la perception de certains montants dont son prédécesseur était comptable[7]. Il existait aussi un autre document, qu'on appelait parfois en anglais writ of assistance, qui ordonnait aux juges et aux représentants de la Couronne de se présenter à la Chambre des Lords à l'ouverture du Parlement (dans c cas, on a sans doute donné au mot anglais "assistance" un sens qu'il avait jadis, c'est-à-dire la réunion de personnes qui assistent à un événement sans y prendre part). Vraisemblablement, le manque de rigueur dans l'emploi d'une terminologie préexistante est pour une grande part responsable des erreurs et de la confusion que l'on trouve encore de nos jours dans les commentaires concernant le mandat de main-forte en matière de douane.

3. LA LOI SANCTIONNANT LE MANDAT DE MAIN-FORTE

L'opinion émise par le procureur général De Grey en 1768 énonça de façon très explicite que le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y procéder à une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte en matière de douane provenait, non pas du mandat lui-même, mais bien d'une Loi du Parlement. La "Loi" en question s'intitulait Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in his Majesty's

Customs[8]. Cette loi qui date de 1662 était communément appelée Act of Frauds. Voici la teneur du paragraphe 5(2) de celle-ci:

> [TRADUCTION]
>
> Et toute personne autorisée par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, sera fondée à prendre avec elle un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question, et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit, et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant afin de saisir, puis d'emporter tout bien ou toute marchandise, de quelque nature qu'ils soient, interdits et introduits en contrebande, et de les placer en sécurité dans les entrepôts de Sa Majesté, dans le port le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu.

En fait, il s'agit là de la première reconnaissance officielle du mandat de main-forte en matière douanière.

Cette disposition soulève d'emblée plusieurs questions. Si tant est que le mandat de main-forte fût différent du mandat de perquisition, dans la mesure où il n'ordonnait pas à un préposé de la douane de procéder à une perquisition, mais ordonnait au public en général de faciliter la perquisition, pourquoi parle-t-on, dans la Loi, de la personne "autorisée" par le mandat? Est-ce que cela ne revient pas à dire que le mandat lui-même est la source des pouvoirs de cette personne? Comment, eu égard au libellé du paragraphe 5(2) de la Loi, le procureur général De Grey a-t-il pu affirmer que "le pouvoir du préposé du bureau de douane lui est conféré par une Loi du Parlement, et non par ce mandat"? La réponse n'est pas tout à fait claire (en fait, et cela deviendra évident par la suite, cette ambiguïté a eu un effet important lors de l'introduction en Amérique du Nord britannique des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte).

En réalité, la cause de ce problème réside dans un caprice de la langue anglaise. Dans le Act of Frauds de 1662, le mot "authorised" fut employé dans un sens qui allait bientôt devenir archaïque, mais qui était encore

courant au XVII^{e} siècle, soit celui d'attester de l'identité d'une personne. Dans son opinion datant de 1768, De Grey s'exprima ainsi:

> [TRADUCTION]
>
> Le mandat est une notification de l'identité du détenteur aux constables et autres personnes visés par le mandat, et constitue pour les sujets une sauvegarde à l'encontre de ceux qui pourraient tenter d'usurper ces pouvoirs.

Jusque tard au XVIII^{e} siècle, les mandats de main-forte étaient délivrés par le registraire du Roi, un officier de la Cour de l'Échiquier chargé de percevoir les créances du Roi. Le texte, qui à l'origine était en latin, était rédigé sur une grande feuille de papier-parchemin par la chancellerie, d'une écriture élégante mais à toutes fins utiles indéchiffrable, le tout orné d'un portrait enluminé du souverain et d'un sceau de cire massif suspendu au bout d'un cordon tressé et renforcé. Il nous apparaît pour le moins bizarre qu'un document aussi sophistiqué ne soit en somme qu'une carte d'identité, mais en principe, la comparaison est juste.

Quoi qu'il en soit, le principe fondamental est établi. Prises dans leur sens véritable, les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 conféraient directement au détenteur du mandat le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer une perquisition. Si la loi exigeait que le douanier détienne un mandat de main-forte, cela n'impliquait pas que le mandat était la source des pouvoirs du douanier, pas plus que l'autre condition préalable n'impliquait que l'exercice de ce pouvoir était en quelque sorte subordonné à la présence de l'agent de la paix qui prêtait main-forte au douanier.

4. LES ORIGINES DOCTRINALES DU MANDAT DE MAIN-FORTE

Il existe un autre aspect, tout à fait différent, sous lequel la formulation du paragraphe 5(2) s'est révélée une source de confusion à laquelle même un juge en chef n'a pas su échapper. En effet, dans une des rares décisions anglaises rapportées sur le mandat de main-forte en matière de douane, le lord juge en chef Tenterden s'est exprimé de la façon suivante:

[TRADUCTION]

> Le mandat de main-forte est certes très ancien. Il en est fait mention à l'article 5 de la Loi dont la référence est 13 et 14 Charles II, chap. 11. Le mandat de main-forte avait probablement alors la forme qu'il a aujourd'hui. D'après la formulation de cette disposition, il semble qu'il s'agissait déjà d'un mécanisme connu et en usage. Quant à savoir s'il avait exactement la même forme que de nos jours, cela n'a pas été prouvé[9].

Sauf tout le respect qui est dû au savant juge en chef, il ne s'agit pas là de l'un de ses meilleurs raisonnements. Il est vrai que les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 semblaient dire que le mandat de main-forte figurait déjà parmi les vieilles institutions du droit et n'attendait que le moment d'être remis en application. Mais alors, le fait que le mandat de main-forte existant depuis longtemps soit si parfaitement bien adapté à la Loi de 1662 tiendrait d'un hasard trop inespéré pour être convaincant. De plus, avec déférence pour le juge en chef Tenterden[10], il est douteux qu'un mandat établissant un pouvoir de perquisitionner à l'égard de biens introduits en contrebande ait pu être "ancien", puisqu'en common law, seuls les biens volés pouvaient faire l'objet de perquisitions.

En réalité, c'est par une sorte d'ellipse que la concomitance de la création du mandat de main-forte et de l'adoption de la Loi de 1662 a été escamotée dans les dispositions du paragraphe 5(2) de cette loi. Cela est d'autant plus vrai que la raison pour laquelle le mandat de main-forte avait été créé aussi récemment était loin d'être évidente. Par ailleurs, bien qu'elle paraisse révélatrice au premier abord, l'opinion dans laquelle, en 1768, le procureur général De Grey dit du mandat de main-forte qu'il était "fondé sur le common law" (comme en font également foi les premières formulations latines du mandat de main-forte), est tout aussi déconcertante. Il eût été souhaitable que De Grey se fût exprimé en termes plus clairs. Il tentait en fait de faire valoir une doctrine assez obscure de common law, que Coke a explicitée de la façon suivante dans son Third Institute:

[TRADUCTION]

> Et il existe en droit une ressource secrète qui permet toujours de créer un bref en vue de

> l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, selon la force et l'effet de la loi[11].

Reste la question de savoir comment, en pratique, cette "ressource secrète du droit" a pu servir de fondement au mandat de main-forte en matière de douane.

Pour une grande part, la réponse est évidente. En effet, il est clair d'après les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, que le mandat de main-forte a été conçu en vue de "l'application plus efficace" de ces dispositions qui créaient le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer des perquisitions. Mais il y a plus. Selon l'opinion de De Grey, la "désobéissance au mandat" constituait un "outrage au tribunal". Or la désobéissance au mandat qui, on s'en souviendra, ordonnait à tous les sujets de prêter main-forte au douanier, ne pouvait consister que dans le fait pour un de ceux-ci de refuser ou de négliger de prêter main-forte. Pourtant, on ne trouve rien à cet effet dans les dispositions du paragraphe 5(2), lesquelles ne faisaient qu'établir le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer une perquisition, de même que les conditions entourant l'exercice de ce pouvoir. Quant à "la force et l'effet de la loi" qui étaient à la base de l'ordre de prêter main-forte, c'est-à-dire à la base du mandat lui-même, il faut se référer à d'autres dispositions de la Loi de 1662. Ce sont celles de l'article 32, qui placent le mandat de main-forte dans son contexte véritable:

> [TRADUCTION]
>
> Et il est en outre édicté et ordonné que tous les officiers de l'Amirauté, les capitaines et les commandants de navires, de forts, de châteaux et de blockhaus, de même que tous les juges de paix, les maires, les shérifs, les baillis, les constables et les chefs de bourgs, ainsi que tous les officiers, ministres et sujets de Sa Majesté le Roi, prêtent main-forte à toutes les personnes qui sont nommées par Sa Majesté pour administrer les douanes, aux préposés des douanes de Sa Majesté et à leurs adjoints respectifs, pour l'exécution de toutes les tâches requises par la présente Loi (...)

Ces dispositions constituent le support législatif nécessaire à la mise en application de cette doctrine de common law, la "ressource secrète du droit" de Coke, qui a donné naissance au mandat de main-forte.

À ce sujet, les commentaires de Maitland sont particulièrement pertinents: [TRADUCTION] "Le fait qu'un mandat fût rédigé et revêtu du sceau ne suffisait pas à porter atteinte aux droits de quiconque (...) le mandat devait en outre franchir la barrière des tribunaux qui, éventuellement, pouvaient l'annuler s'il était illégal ou contraire à la tradition[12]". Ainsi, sans les dispositions de l'article 32 précité, même s'il avait été revêtu du sceau de la Cour de l'Échiquier, conformément aux dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, le mandat enjoignant aux citoyens de prêter main-forte aux préposés des douanes n'aurait été rien d'autre qu'un spécimen particulièrement raffiné de calligraphie provenant du registraire du roi. Ce mandat, aussi impressionnant fût-il, n'aurait par été conforme à la doctrine de common law sur laquelle il était basé et aucun tribunal ne se serait permis d'en imposer le respect.

5. LA JURIDICTION DE LA COUR DE L'ÉCHIQUIER

Selon les dispositions du paragraphe 5(2) de la Loi de 1662, qui instituaient l'usage du mandat de main-forte en matière de douane, celui-ci devait être délivré "sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté".

Normalement, les brefs créés en vertu de la "ressource secrète du droit" de Coke auraient dû être délivrés sous le grand sceau par la chancellerie. Par conséquent, les dispositions du paragraphe 5(2) se trouvaient à imposer une dérogation à cette règle dans le cas du mandat de main-forte. L'ordre général de prêter main-forte énoncé à l'article 32 de la Loi de 1662 aurait pu servir de fondement à un bref délivré sous le grand sceau ou sous n'importe quel sceau reconnu. Cependant, seul un bref délivré sous le sceau de l'Échiquier pouvait servir les fins du paragraphe 5(2) qui établissait le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'effectuer des perquisitions.

Ce principe pourrait s'expliquer par l'existence d'un lien traditionnel et presque organique entre les douanes et l'Échiquier et la Cour de l'Échiquier. En effet, c'est cette dernière qui autorisait les saisies en matière de

douane, qui connaissait des poursuites dirigées contre les préposés des douanes et ainsi de suite. Il a donc pu sembler tout à fait naturel que le pouvoir de délivrer ce nouvel instrument destiné à faciliter l'application de la législation douanière soit attribué à la Cour de l'Échiquier.

Cependant, une autre solution semble encore plus plausible. En effet, il est probable qu'on ait prescrit la délivrance du mandat de main-forte sous le sceau de la Cour de l'Échiquier et exclu ainsi l'applicabilité du grand sceau (qui, en l'absence de dispositions contraires, aurait été applicable et, éventuellement, à l'exclusion de tout autre sceau) à cause de la portée territoriale limitée du grand sceau. En effet, les brefs délivrés sous le grand sceau n'avaient aucun effet au pays de Galles, ni dans les autres régions de l'Angleterre qui étaient, tant sur le plan juridictionnel que sur le plan géographique, éloignées de Westminster, et qu'on appelait comtés palatins. En revanche, les brefs délivrés sous le sceau de la Cour de l'Échiquier avaient cours partout au pays. Il est douteux qu'on n'ait pas tenu compte d'un tel avantage lors de la rédaction du paragraphe 5(2) de la Loi.

Soit dit en passant, le sceau de la Cour de l'Échiquier avait lui-même ses limites territoriales d'application. En fait, et comme nous le verrons plus tard, le fait qu'il fût inopérant dans les colonies eut un effet important sur l'introduction en Amérique du Nord britannique du mécanisme de perquisitions effectuées sous l'autorité d'un mandat de main-forte. Mais en 1662, ce problème ne se posait pas encore.

6. LES RACINES DU MANDAT DE MAIN-FORTE

William Pitt, qu'on appelait aussi le Premier Pitt, affirmait ce qui suit:

> [TRADUCTION]
>
> Dans sa demeure, le plus misérable des hommes peut s'opposer à tous les pouvoirs de la Couronne. Sa maison peut être chancelante, son toit peut être fragile, le vent peut la traverser, la tempête peut la secouer, la pluie peut s'y infiltrer, mais le roi d'Angleterre ne peut

> pas y pénétrer; même avec tout son pouvoir, le roi n'oserait pas franchir le seuil de la plus humble masure[13].

Bien que formulé dans un style assez ampoulé, le sens de cette affirmation demeure juste. La profonde aversion des Anglais envers les violations du domicile est une tradition solide en common law qui a alimenté les doctrines libertaires du XVIII^e siècle. Elle est probablement liée à la vieille préoccupation du common law qu'est le maintien de la paix. En effet, rien n'est plus susceptible d'engendrer la violence que les atteintes à la maison et à la famille d'un homme.

Pour une raison ou pour une autre (peut-être est-ce le souvenir des méthodes brutales employées par les majors généraux de Cromwell), les années 1660 semblent avoir été marquées par une période de vive exaspération à l'égard des visites domiciliaires inopportunes par les représentants de l'État. À ce sujet les preuves ne manquent pas, la plus convaincante étant une proclamation royale de 1661, dans laquelle le roi alla pour ainsi dire jusqu'à présenter au peuple des excuses pour les nombreux soldats qui, à la recherche d'armes, s'étaient introduits dans les maisons de citoyens soupçonnés d'être républicains (en effet, tout le monde n'était pas en faveur de la restauration). À l'avenir, disait la proclamation, de telles perquisitions ne pourraient avoir lieu que sous l'autorité d'un mandat en bonne et due forme. À cela s'ajoutait une autre promesse: le mandat [TRADUCTION] "serait adressé à un constable quelconque ou à un autre officier de justice connu[14]". Dans ce cas, le principe n'est pas difficile à comprendre. Si l'ordre d'ouvrir était donné par une personne que l'occupant était susceptible de reconnaître, comme le constable local, il était probable que l'occupant opposerait moins de résistance. Il verrait bien que l'ordre était légitime et qu'il ne s'agissait pas d'un imposteur tentant de s'introduire chez lui par la ruse.

Ce même principe fut repris dans les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, aux termes desquelles le douanier qui agissait en vertu d'un mandat de main-forte devait être accompagné par "un constable (...) ou autre officier public résidant près de l'endroit en question", c'est-à-dire celui qui travaillait dans les environs, en quelque sorte. En effet, on ne pouvait raisonnablement prévoir que le douanier serait reconnu comme tel à première vue. Le visage familier de l'agent de la paix local qui

l'accompagnait avait donc pour but de rassurer le citoyen. [TRADUCTION] "Conformément à l'esprit de toutes les lois fiscales, l'officier qui accompagne le douanier doit être un officier local, afin que le sujet ne soit pas indûment effrayé en voyant sa maison envahie... par de purs étrangers." C'est le commentaire que fit le juge Blackstone (celui qui écrivit les Commentaries), lorsqu'il passa en revue[15], longtemps après, les dispositions législatives analogues au paragraphe 5(2).

C'était une chose d'imposer, comme le faisait la Loi de 1662, aux constables et autres officiers l'obligation d'aider le douanier et de lui prêter main-forte (et éventuellement, aux termes de l'article 32, [TRADUCTION] "le défendre et veiller à ce qu'il ne lui soit fait aucun mal", au cas où l'opération avorterait et prendrait un caractère délictuel). C'en était une autre, en pratique, de convaincre le constable qui travaillait de façon sporadique et n'était pas rémunéré, de mettre de côté ses occupations habituelles, à la ferme ou ailleurs, et de suivre le douanier et ce, même si ce dernier avait en sa possession une copie du texte de la Loi: en effet, plus souvent qu'autrement, le constable était illettré. Mais dans le cas du mandat de main-forte, le problème était différent. Le mandat n'était certes pas plus lisible pour le constable, évidemment. Au contraire, seul un expert aurait été à même de déchiffrer cette écriture maniérée et ce latin quelque peu défiguré (en effet, les rédacteurs de ces documents se souciaient généralement assez peu des déclinaisons) qui était à toutes fins utiles incompréhensible. En fait, à en juger par son contenu réel, le mandat de main-forte n'avait, dans sa forme première, guère d'utilité pratique. Mais en dehors de la calligraphie sibylline et du latin tronqué, la richesse du papier-parchemin, le portrait du souverain et l'énorme sceau qui pendait au document avaient un effet certain. Ce n'est pas tant par son texte que par son seul impact visuel que le mandat de main-forte constituait "une notification de l'identité du détenteur" (selon les termes du procureur général De Grey)[16]. Accrédité d'une façon aussi solennelle, le détenteur du mandat ne manquait pas d'imposer le respect. Aussi, un constable aurait-il fait preuve d'une grande témérité en ne se fiant pas à la parole du douanier pour ce qui est du contenu du mandat.

La même chose se produisait à l'égard du propriétaire des lieux qui faisaient l'objet d'une perquisition, pour qui, toujours selon les termes du procureur général De Grey, le mandat constituait une "sauvegarde" contre les impos-

teurs. Dans cette optique, on peut soutenir que le mandat de main-forte signifiait pour lui (comme pour tous les autres sujets) l'obligation de laisser entrer le préposé des douanes, afin de faciliter l'accomplissement des fonctions de celui-ci. Par conséquent, si on lui donnait l'impression que le somptueux document qu'exhibait le préposé des douanes était une sorte de mandat de perquisition général, dans un sens, le mensonge n'était que partiel.

En 1731, on adopta une loi[17] qui mit fin à l'emploi du latin et de la calligraphie de la chancellerie dans le cas de documents comme le mandat de main-forte en matière de douane. Ceux-ci devaient désormais être rédigés en anglais lisible. Néanmoins, comme le montre le modèle de mandat en usage sous George II, et reproduit à l'Annexe A, d'après l'apparence du mandat de main-forte, celui-ci visait encore bien plus à intimider la personne visée qu'à être lu et compris par elle. Ainsi, il était peu probable qu'une personne, quoique parfaitement capable de lire, s'astreigne à la tâche fastidieuse de comprendre le sens précis de ce texte interminable qui ne contenait pour ainsi dire aucune ponctuation; à telle enseigne que même lorsque le mandat de main-forte prit une forme plus moderne, nombreux furent ceux qui, comme auparavant, continuèrent à s'en remettre aux explications du douanier quant à la signification du mandat.

7. LES CIRCONSTANCES PRÉCÉDANT L'INSTAURATION DES PERQUISITIONS EN VERTU D'UN MANDAT DE MAIN-FORTE

En dépit de son caractère innovateur, qui faisait effectivement appel à une "ressource secrète du droit", le mécanisme de perquisition douanière en vertu d'un mandat de main-forte, prévu par le Act of Frauds de 1662, reposait tout de même sur certains usages antérieurs. Ceux-ci n'avaient aucun rapport avec un texte législatif précurseur[18] datant de 1660, qui ne devait être en vigueur que pendant quelques mois, et qui autorisait la délivrance d'un mandat de perquisition en vue de la saisie de biens à l'égard desquels les droits n'avaient pas été payés. Hormis cette loi temporaire, le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 fut la première disposition législative portant sur les perquisitions en matière de douane. Même l'imposante loi sur la perception des droits de douane[19] adoptée sous Elizabeth I était silencieuse sur ce point. Toutefois, cela ne signifie pas que jusqu'à la restauration, on n'a pas eu recours aux perquisitions douanières afin de percevoir les droits de douane relatifs aux biens introduits en contre-

bande. En fait, il est fort peu probable que les souverains de la dynastie des Tudor, qui tenaient très fermement les rênes du pouvoir, ou même les premiers Stuart, eux-mêmes assez énergiques en ce qui avait trait aux mesures d'exécution, se soient fait faute d'utiliser une technique de perception des droits de douane aussi efficace que les perquisitions.

Les archives qui existent encore de nos jours, notamment les volumes publiés des Acts of the Privy Council, montrent très clairement comment, à cette époque, étaient organisées les perquisitions effectuées dans l'intérêt de l'État. Parmi les plus utiles de ces documents figure un "mandat en blanc[20]" datant de 1629, année marquée par des manifestations tapageuses à l'encontre des exactions de Charles I en matière de "tonnage et de pondage" (gabelle frappant les marchandises selon leur poids). Dans le mandat en question, le Conseil commença par faire des semonces à l'égard des chargements introduits en fraude des droits de douane, et à l'endroit de [TRADUCTION] "nombreuses personnes indisciplinées qui fréquentent les quais" et qui harcèlent les préposés des douanes. À l'avenir, les préposés des douanes bénéficieraient de l'appui d'hommes de confiance appelés messagers du roi, en vue de [TRADUCTION] "prendre et garder en leur possession tous les biens à l'égard desquels les droits n'ont pas été acquittés". On y prévoyait aussi le pouvoir d'effectuer des perquisitions:

> [TRADUCTION]
>
> Il est en outre ordonné que lorsqu'un messager est informé que de tels biens ont été (...) introduits ou emmagasinés sans que tous les droits susmentionnés aient été acquittés, il pourra monter sur tout navire, cotre, gabarre, bateau ou autre vaisseau, et pénétrer dans tout magasin, maison, entrepôt, cellier, grenier ou autre endroit, pour y chercher, en faisant preuve de diligence, dans toute malle, coffre, placard ou cale de toute nature, de tels biens destinés à être expédiés hors du royaume ou à y être introduits, à l'égard desquels les droits susmentionnés n'ont pas été payés, de saisir, confisquer, et emporter les biens ainsi trouvés, aux entrepôts de Sa Majesté, et les conserver (...)

Il s'agit ici d'une allusion directe aux pouvoirs repris par la Loi de 1662, de pénétrer dans "toute maison, magasin,

cave, entrepôt, pièce ou autre endroit", et d'ouvrir par la force tout "coffre, malle ou autre contenant".

Puis, à la fin du "mandat en blanc" de 1629, on retrouve le passage suivant:

[TRADUCTION]

> Les shérifs de Londres et tous les autres officiers et loyaux sujets de Sa Majesté doivent aider les officiers et les messagers susmentionnés et leur prêter main-forte, en tout lieu où l'occasion s'en présente, dans toute partie des colonies de Sa Majesté, à défaut de quoi ils auront à répondre de leur conduite.

Cet ordre universel d'aider et de prêter main-forte n'avait rien d'exceptionnel en soi. On retrouvait couramment, dans les décrets du gouvernement, des "clauses d'assistance" comme en fait foi le mandat de 1629. Beaucoup plus frappante est la similitude de contexte et de but qui existe entre ce mandat et le mécanisme de perquisition en matière de douane qui devait être établi une trentaine d'années plus tard par le Act of Frauds de 1662.

8. REMISE EN QUESTION SUR LE PLAN CONSTITUTIONNEL

Les dispositions législatives qui datent de la restauration et qui concernent le pouvoir de pénétrer dans un endroit privé et d'y procéder à des perquisitions (on retrouve de telles dispositions dans de nombreux contextes, en dehors de la perception des droits de douane) témoignent d'un changement extrêmement important sur le plan constitutionnel.

Les pouvoirs comme ceux que conférait le "mandat en blanc" délivré par le Conseil privé en 1629, étaient désormais chose du passé. Ils n'avaient pas été abolis officiellement mais n'étaient plus sanctionnés par aucune autorité judiciaire. En définitive, l'autorité publique est illusoire s'il n'existe pas un tribunal pour punir la résistance à cette autorité. Ainsi les instruments utilisés au cours des années 1660, tel le mandat de 1629, n'étaient en somme que des documents de caractère bureaucratique. En 1641, la Chambre étoilée et les autres tribunaux qui jusqu'alors avaient servi à sanctionner la volonté du roi ou de l'État, avaient été supprimés par le Parlement. À toutes

fins utiles (du moins en matière d'ordre public), il ne restait plus que les tribunaux de common law, pour lesquels la seule autorité législative était le Parlement.

Par ailleurs, il n'aurait su être question, lorsque le monarchie fut rétablie en 1660, de passer outre à la réforme de 1641. En effet, puisqu'elle avait été dûment mise en oeuvre par un Parlement dont la légalité était indiscutable, cette réforme ne faisait pas partie des séquelles de l'interrègne, lesquelles devaient mourir de leur belle mort lors de la restauration. Si le résultat des guerres civiles avait été différent, la Loi de 1641 aurait bien pu être abrogée, et les tribunaux du Conseil privé rétablis. Mais si heureux que fussent les parlementaires de voir un roi monter à nouveau sur le trône en 1660, il n'était pas question pour eux de renoncer au monopole législatif qu'ils avaient acquis dix-neuf ans auparavant.

Ainsi, à partir de la restauration, il fallait absolument, pour que les tribunaux de common law puissent sanctionner l'exercice du pouvoir de perquisition des douaniers, pouvoir qui n'était pas prévu par le common law, que le Parlement légifère à cet effet.

9. L'INFLUENCE DU COMMON LAW SUR LA LOI DE 1662

Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'absence de règles de common law concernant les perquisitions en matière de douane ne signifie pas pour autant que les lois adoptées à partir de 1660 ont été tirées du néant. L'insistance qu'on a mise, au paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, sur la nécessité pour le préposé des douanes d'être accompagné par un agent de la paix local tire sa source d'une vieille préoccupation à l'égard de l'ingérence dans la vie privée des gens, qui pouvait éventuellement provoquer des réactions violentes et menacer l'ordre public. Mais il y a plus. En fait, on pourrait dire sans vraiment exagérer, que dans les dispositions du paragraphe 5(2), les marques de l'influence du common law sont très nettes. En voici à nouveau le libellé:

> [TRADUCTION]
>
> Et toute personne autorisée par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté sera fondée à prendre avec elle un constable, chef de bourg ou autre

> officier public résidant près de l'endroit en question, et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant, afin de saisir, puis d'emporter tout bien ou toute marchandise de quelque nature qu'ils soient, interdits ou introduits en contrebande, de les placer en sécurité dans les entrepôts de Sa Majesté, dans le port le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu.

C'est dans les passages soulignés que l'on retrouve les marques de l'influence du common law.

Commençons par le dernier de ces passages. Depuis le moyen âge, époque où les propriétaires terriens avaient eu tendance à recourir à des méthodes d'appropriation assez vigoureuses, les tribunaux de common law, soit par souci d'obéissance envers les lois, ou de leur propre initiative, avaient réprouvé avec fermeté l'introduction par la force dans les propriétés privées. Bien sûr, il existait des cas où le common law permettait l'usage de la force dans l'exercice d'un droit légitime de pénétrer dans un lieu, mais ces cas étaient peu nombreux et les conditions rigoureuses qui les entouraient laissaient peu de place aux abus. Il est impossible que le rédacteur du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 ait présumé que les tribunaux feraient preuve d'une plus grande souplesse à l'égard d'une disposition législative qui n'aurait permis que d'entrer dans un lieu. Si cette disposition n'avait contenu aucune mention concernant l'usage de la force, elle aurait vraisemblablement été interprétée comme ne permettant que l'entrée paisible. Certes, on ne pouvait s'attendre à ce que le pouvoir de pénétrer dans un lieu pour y chercher des biens de contrebande soit efficace s'il ne pouvait être exercé que lorsque la personne visée par les perquisitions consentait à celle-ci. Cependant, on aura remarqué que l'autorisation expresse d'employer la force, qui a dû être ajoutée aux dispositions du paragraphe 5(2), n'était pas absolue. En effet, l'emploi de la force n'était permis qu'"en cas de résistance". Et même dans ce cas, le droit d'employer la force était limité. Une fois dans l'immeuble, le préposé des douanes était autorisé, afin de vaincre la résistance qu'on lui opposait, à forcer "toute porte, coffre, malle ou autre contenant", c'est-à-dire pratiquement tout ce qui se trouvait en travers de son chemin, mais s'il employait la force pour pénétrer dans l'immeuble, en admettant qu'il fût

fondé à le faire, il ne pouvait entrer que par la porte, et non par une fenêtre ou une autre ouverture. On a donc fait preuve d'une grande circonspection, au paragraphe 5(2), lorsqu'il s'est agi de déroger à la position traditionnelle qui condamnait l'introduction par la force dans un endroit privé.

Ce n'est pas le cas du passage général et nullement nuancé où il est dit que le mandat de main-forte peut être décerné à "toute personne". Pourtant, cela allait tout à fait à l'encontre de la ligne de pensée juridique de l'époque. Selon la proclamation de 1661 (citée à la page 17), les mandats de perquisition dont il était question ne devaient pas être décernés à n'importe qui, mais bien "à un constable quelconque ou à un autre officier de justice connu". Est encore plus révélateur le fait que ce principe ait été repris par une des sommités du common law de l'époque (et de tous les temps, soit dit en passant), Sir Matthew Hale. Dans son ouvrage intitulé History of the Pleas of the Crown, Hale a examiné de façon assez détaillée les règles du common law concernant le pouvoir de pénétrer dans un endroit privé et surtout, le mandat de perquisition de common law en matière de biens volés. À ce sujet, il écrivit ce qui suit:

> [TRADUCTION]
>
> Ils devraient être adressés aux constables et autres officiers publics, dont les activités sont régies par la loi, et non aux simples particuliers (...)[21]

Puisque c'est là la position qu'avaient adoptée les principaux conseillers du royaume, une loi qui conférait le pouvoir de pénétrer dans un lieu et de procéder à des perquisitions sans toutefois indiquer par qui ce pouvoir pouvait être exercé risquait fort d'être interprétée de la même façon que si elle n'avait pas prévu expressément l'emploi de la force, c'est-à-dire d'être interprétée d'une façon beaucoup plus rigoureuse que ne l'avait prévu le législateur, de façon à restreindre l'exercice de ce pouvoir aux personnes qui pouvaient être visées par le terme "officier public". En fait, le problème était que les personnes qui devaient avoir les pouvoirs nécessaires pour effectuer des perquisitions à l'égard de biens de contrebande, c'est-à-dire les employés ordinaires du bureau des douanes, pouvaient difficilement, dans plusieurs cas, être considérées comme des "officiers publics". La question

était d'autant plus délicate qu'en 1661, la perception des droits de douane avait été "affermée", système par lequel le Roi avait cédé à des particuliers des reçus concernant des droits de douane futurs, en échange d'avances d'argent liquide. Travaillant ainsi pour les fermiers adjudicataires, les douaniers n'avaient d'autre statut que celui de simple particulier. En énonçant que "toute personne" pouvait procéder à des perquisitions si elle y était autorisée, les dispositions du paragraphe 5(2) faisaient en sorte qu'une telle personne puisse exécuter ses fonctions et ce, même si elle n'avait pas le statut d'officier public.

À première vue, la dérogation des dispositions du paragraphe 5(2) aux préceptes du common law semble plus radicale dans ce dernier cas que dans celui du pouvoir d'employer la force, lequel était minutieusement délimité. En réalité, cependant, les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte ne pouvaient être effectuées par n'importe qui. Une autre disposition du Act of Frauds entrait également en jeu. Aux termes de l'article 15 de cette Loi, le droit de procéder à la saisie de biens susceptibles de confiscation (droit qui, en common law, appartenait à quiconque consentait à assumer la responsabilité de voir la saisie cassée par un tribunal) était réservé aux personnes dont les activités étaient directement liées à l'application de la législation douanière. Bien entendu, cela signifiait en pratique que le pouvoir prévu au paragraphe 5(2), qui visait à rendre possible la saisie de biens de contrebande, était réservé aux douaniers[22].

Le dernier passage du paragraphe 5(2) qui mérite notre attention à ce point de vue est celui où il était prescrit que les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte devaient avoir lieu "de jour". Dans ce cas, ce n'est pas tant que la Loi dépassait la position probable du common law et s'en éloignait, mais plutôt qu'elle établissait la position que les juristes préconisaient mais qui n'avait pas encore été sanctionnée par la doctrine. Voici un autre extrait du History of the Pleas of the Crown de Hale, portant sur le mandat de perquisition de common law en matière de biens volés:

> [TRADUCTION]
>
> Il est opportun que de tels mandats énoncent que les perquisitions doivent avoir lieu de jour, et bien que je n'affirme pas que l'absence d'une telle restriction rende le mandat illégal, cette

> absence suscite de nombreuses difficultés car d'une part, à plusieurs reprises, des vols et des cambriolages ont été commis sous le couvert de prétendues perquisitions effectuées la nuit, et d'autre part, les perquisitions de nuit sont au mieux une source de sérieux dérangements[23].

Ainsi, en limitant l'exercice du pouvoir de perquisitionner aux heures du jour, les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 témoignaient à nouveau du souci de prévenir le désordre que suscite la violation de l'intimité du foyer.

10. LE LÉGISLATEUR

Ce n'est probablement pas par accident que les diverses considérations que le juriste le plus éminent de l'époque a fait valoir en matière de perquisition à l'égard de biens volés ont influencé la rédaction de la législation adoptée durant la restauration, concernant les perquisitions à l'égard de biens de contrebande. Par ailleurs, il n'est pas possible non plus que le rédacteur des dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 ait pris exemple sur le History of the Pleas of the Crown de Sir Matthew Hale, puisque cet ouvrage ne fut publié qu'en 1736. On incline plutôt à penser que Hale a participé personnellement à la rédaction de ces dispositions. Comme nous l'avons vu, le mandat de main-forte prévu au paragraphe 5(2) devait être délivré "sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté". Il est tout simplement impossible que cette prescription ait été intégrée à la Loi sans que la baron en chef de l'Échiquier en ait eu connaissance (en effet, ce n'est que sous l'autorité de ce dernier que le sceau de l'Échiquier aurait pu être apposé au mandat). Or en 1662, le baron en chef était justement Sir Matthew Hale.

De toute évidence, seul un homme bien de son temps et ayant suffisamment confiance dans son érudition pour déterrer et effectivement mettre à contribution la "ressource secrète du droit" de Coke a pu concevoir les dispositions de la Loi de 1662 concernant les perquisitions douanières, dispositions qui, par ailleurs, reflètent bien la façon dont ces perquisitions étaient effectuées sous l'ancien régime constitutionnel, où le pouvoir exécutif prédominait, et qui n'a pas survécu à la chute de la Chambre étoilée et des autres tribunaux participant du Conseil privé. Les ouvrages de Hale sont extrêmement fouillés sur le plan historique, ce

qui a fait dire à un éminent historien du droit du XX^e siècle en Angleterre, qu'il était [TRADUCTION] "un historien du droit de premier ordre[24]". Par ailleurs, il est plus que probable que Hale connut bien la doctrine qui a rendu possible l'introduction du mandat de main-forte en matière douanière. De nos jours, on peut trouver à la British Library d'Angleterre, un exemplaire de La Novel Natura Brevium de Fitzherbert ayant, au dire de cette illustre institution, appartenu à Sir Matthew Hale. Des feuilles de papier portant des commentaires manuscrits ont été glissées entre les pages du livre en question. En regard d'une page où figure un bref relatif au Statute of Northampton de 1328, et d'une écriture facilement identifiable si on la compare aux documents de Hale qui se trouvent au Lincoln's Inn, on retrouve une citation de la "ressource secrète du droit" de Coke avec le commentaire suivant: "ceo brev. ft. frame gr... selong le effect d'Act". Ainsi, non seulement Hale connaissait la doctrine par laquelle le common law sanctionnait la création de brefs en vue de l'application plus efficace des lois à caractère public, mais il a pris soin de s'assurer qu'il ne s'agissait pas tout simplement d'une invention de Coke (qui avait la réputation d'être assez innovateur).

Parmi les ouvrages de Hale figure un traité sur les douanes[25]. Malheureusement, celui-ci ne contient aucune mention des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, et par conséquent, n'apporte aucune preuve concrète ou directe concernant la façon dont ce mécanisme extrêmement particulier du droit des douanes a été conçu. Il n'en demeure pas moins que l'hypothèse selon laquelle le rôle qu'il a joué fut très important est presque indéniable.

PARTIE II

LES TRAQUENARDS DE LA LÉGISLATION

1. LA PORTÉE DES DISPOSITIONS DE LA LOI DE 1662

Afin de bien comprendre l'histoire de la législation concernant les perquisitions en matière de douane, aussi bien dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord qu'en Angleterre, il convient de souligner l'importance des termes utilisés au paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 pour définir l'objet des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte: "tout bien ou toute marchandise de quelque nature qu'ils soient, interdits et introduits en contrebande".

La construction de ce membre de phrase est assez cahotique. Elle donne l'impression que le rédacteur s'est rendu compte que le pouvoir conféré par cette disposition ne pouvait s'appliquer littéralement à "tout bien ou toute marchandise de quelque nature qu'ils soient", et qu'il a, après coup, ajouté le qualificatif "interdits et introduits en contrebande". Toutefois, le qualificatif lui-même est beaucoup plus important que cette maladresse sans conséquence. Selon une interprétation stricte, et même selon le sens ordinaire de ces mots, les seuls biens qui pouvaient faire légalement l'objet d'une perquisition en vertu les dispositions du paragraphe 5(2) (c'est-à-dire sous l'autorité d'un mandat de main-forte et avec l'aide d'un agent de la paix local) étaient ceux qui étaient visés, non pas par un des deux types d'infraction prévus, mais par les deux. Cela fut lourd de conséquences.

Il va sans dire que si des biens assujettis aux droits de douane n'avaient pas été soumis au processus de contrôle approprié, ils avaient, de ce fait, été introduits en contrebande. Cependant, on ne pouvait les qualifier d'interdits à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une prohibition, ce qui en somme avait peu de rapports avec l'acquittement des droits à l'importation ou à l'exportation. Ainsi, la réunion de ces deux critères n'allait pas vraiment de soi. Certes, il existait des prohibitions concernant le commerce d'outre-mer, qui étaient liées soit à la nature de certaines catégories de biens, soit aux conditions de transport (notamment en ce qui avait trait au système impérial de réglementation du transport maritime et du commerce), mais les biens qui faisaient l'objet de prohibi-

tions étaient peu nombreux comparativement à ceux qui étaient assujettis aux droits de douane, c'est-à-dire la presque totalité.

Ainsi, l'emploi de cette formule dans les dispositions du paragraphe 5(2) réduisit considérablement la portée du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte.

2. LES EFFETS SUR LA LÉGISLATION ULTÉRIEURE

La double exigence prévue au paragraphe 5(2) de la Loi de 1662, selon laquelle les biens, faisant l'objet d'une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, devaient être et interdits et introduits en contrebande, a causé de nombreuses difficultés lors de la rédaction des lois ultérieures (comme par exemple en 1696, lorsqu'un système de perception de droits de douane de type britannique fut établi en Amérique du Nord). Comme nous le verrons clairement plus loin, la tâche des rédacteurs subséquents aurait été beaucoup plus simple et le fruit de leurs efforts, beaucoup plus satisfaisant, si le libellé original du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte avait été "interdits ou introduits en contrebande" plutôt que "interdits et introduits en contrebande". Par ailleurs, il n'est pas possible de prétendre que la conjonction "et" a été employée dans un sens disjonctif, puisque ailleurs dans la Loi de 1662, surtout en matière de perquisitions à bord des navires, on a effectivement employé la conjonction disjonctive "ou", dans "interdits ou introduits en contrebande".

Le libellé du paragraphe 5(2) constitue par ailleurs un modèle de rédaction réfléchie, voire raffinée (comme en témoigne l'utilisation intelligente de la "ressource secrète du droit" de Coke). De plus, ce qui est encore plus révélateur, cette disposition a été soumise à l'examen rigoureux d'un juriste aussi éminent que Sir Matthew Hale qui l'a peut-être conçue lui-même. Il serait donc illogique qu'on ait commis une erreur aussi grossière que de dire "interdits et introduits en contrebande" alors qu'on voulait dire "interdits ou introduits en contrebande".

Il est donc peu probable que ce soit par simple inadvertance que le mécanisme de perquisition en vertu d'un andat de main-forte n'a pu être utilisé dans le cas de la simple application des lois douanières. Les circonstances

historiques semblent fournir une explication. En 1662, on s'en souviendra, la perception des droits de douane avait été affermée. Par conséquent, en tant que source de revenu, c'est aux fermiers adjudicataires que profitait la mise en application des mesures destinées à réprimer la contrebande. Étant donné les préoccupations de l'époque[26] et les valeurs établies par la tradition, il est impensable que le pouvoir de pénétrer dans un lieu et de procéder à une perquisition ait pu servir un intérêt purement privé, a fortiori dans le cas d'un pouvoir aussi étendu que celui du paragraphe 5(2) (en effet, il n'était pas nécessaire de démontrer au préalable l'existence de motifs suffisants). La formule "interdits et introduits en contrebande" servait à empêcher cela, puisque c'était toujours pour la protection de l'intérêt public que l'importation ou l'exportation de certains biens était frappée d'une prohibition. Du moins était-ce un obstacle en théorie. Il se peut bien qu'il en ait été autrement de la pratique.

3. LE SIGNAL D'ALARME

Nous avons fait mention, à la page 19, d'un texte législatif concernant les perquisitions en matière douanière, qui a précédé d'environ deux ans la Loi de 1662 relative au mandat de main-forte. Il s'agit du Act to prevent Frauds and Concealments of his Majesty's Customs de 1660, qui mérite que nous nous y attardions quelque peu.

Le Loi de 1660 fut adoptée peu après qu'on ait découvert que la législation récente, qui accordait au roi un revenu provenant des douanes, ne contenait aucune disposition prévoyant, en plus de la saisie et de la confiscation des biens de contrebande, le pouvoir de pénétrer dans un lieu et de rechercher ces biens. À partir de ce moment, des mandats de perquisition furent délivrés sur la foi d'une déclaration sous serment énonçant les faits qui justifiaient la délivrance du mandat. Toutefois, cela ne dura que quelques mois. En effet, la Loi concernant les mandats de perquisition en matière de douane énonçait elle-même sa date d'expiration: elle devait cesser d'être en vigueur à la fin de la première session du prochain parlement.

Plus de cent ans plus tard, faisant écho à l'intransigeance dont firent preuve les Américains à l'endroit des mandats de main-forte délivrés sous l'autorité du Revenue Act de 1767, deux procureurs généraux britanniques condamnèrent successivement la Loi de 1660 et les mandats de

perquisition qu'ils jugèrent insatisfaisants[27]. Ni l'un ni l'autre ne donnèrent les motifs sur lesquels ils s'appuyaient pour porter un tel jugement. Cependant, il n'est pas difficile d'imaginer les difficultés pratiques que le mandat a pu causer, puisqu'il ne pouvait être décerné que par le lord trésorier, un baron de l'échiquier, [TRADUCTION] "ou le magistrat en chef du port ou de l'endroit (...) ou de l'endroit le plus proche". En effet, il pouvait arriver que le juge en chef d'un comté éloigné de Londres se trouve à plus d'une journée de route de l'endroit en question, en admettant que son identité fût connue. Pourtant, ce serait faire fausse route que de croire que le mandat de main-forte remplaça le mandat prévu par la Loi de 1660. En effet, le mandat de perquisition de 1660 fut remis en application[28] en 1685, ce qui, en quelque sorte, mit en évidence le fait que depuis l'expiration de la Loi en 1662, les perquisitions relatives aux biens à l'égard desquels les droits n'avaient tout simplement pas été payés (et qui ne faisaient pas l'objet d'une prohibition) n'avaient aucun fondement législatif. Cet état de choses s'inscrit aussi dans la proposition que nous avons démontrée ci-dessus, selon laquelle le mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte introduit par les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, ne s'appliquait pas aux biens à l'égard desquels les droits de douane n'avaient tout simplement pas été payés, puisque, comme la perception des droits de douane était alors affermée, la mise en application des lois douanières avait un caractère principalement privé et sa faible importance sur le plan politique ne justifiait pas l'ingérence dans la propriété privée. Cependant, en 1685, la perception des droits de douane n'était plus affermée. En effet, depuis 1671, l'administration des douanes avait été reprise par la Couronne, par le truchement du bureau des commissaires des douanes. Par conséquent, depuis longtemps, la Couronne ne pouvait plus ne pas se soucier des fraudes douanières. Les mesures destinées à combattre les fraudes douanières, y compris les pouvoirs de pénétrer dans un lieu et de procéder à des perquisitions, étaient redevenues des questions d'intérêt public.

Pourtant, il est permis de se demander pourquoi, lorsque l'occasion se présenta en 1685 d'étendre la portée du mécanisme de perquisition en matière de douane, on s'est contenté, entre toutes les solutions possibles, de faire revivre le mécanisme maladroit et critiqué du mandat de perquisition en vertu de la Loi de 1660. Pourquoi ne pas avoir fait un travail complet, par exemple, en modifiant les dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, de

façon à remplacer la formule limitative "interdits et introduits en contrebande" par la formule "interdits ou introduits en contrebande", ce qui aurait probablement suffi à viser les biens qui avaient échappé au processus de perception des droits? La réponse la plus probable semble être les exigences de la vie réelle qui, c'est bien connu, n'obéissent pas toujours aux règles.

Quelles qu'aient été, à strictement parler, les limites imposées par la loi à l'égard des perquisitions en matière de douane, cela n'implique pas nécessairement qu'en pratique, dans les ports, on respectait scrupuleusement ces limites. En fait, certaines preuves démontrent que même aux niveaux les plus élevés du gouvernement, on a mis beaucoup de temps à se rendre compte[29] du caractère très éphémère de la Loi de 1660. Par ailleurs, il semble raisonnable de penser que bon nombre de préposés des douanes et de magistrats locaux, qui s'étaient habitués à l'usage des mandats de perquisition prévus par la Loi de 1660, n'avaient pas compris qu'ils auraient dû cesser d'utiliser ces mandats dès 1662. De même, en ce qui concerne le mécanisme de perquisition douanière en vertu d'un mandat de main-forte, une interprétation stricte de la formule "interdits et introduits en contrebande" aurait pu susciter un certain embarras parmi les juristes ou aux échelons plus élevés de l'administration des douanes. Mais le préposé des douanes qui travaillait dans le port se souciait généralement assez peu des subtilités de l'interprétation des lois, et était plus susceptible de croire que le document impressionnant qu'il détenait lui permettait de procéder à toutes sortes de saisie, sans se demander si les biens qu'il saisissait faisaient l'objet d'une prohibition.

Ce contexte donne tout son sens à la décision, en 1685, de rétablir l'usage des mandats de perquisition créés par la Loi de 1660, si insatisfaisant qu'il fût, plutôt que d'élargir le critère de la Loi de 1662. En effet, les perquisitions étaient alors effectuées sur une grande échelle, au vu et au su de tous, et reposaient souvent, sinon couramment, sur des bases législatives inexistantes ou hautement douteuses. Les autorités n'étaient certes pas sans savoir que l'introduction d'une législation manifestement nouvelle en matière de perquisitions était susceptible de soulever des questions embarrassantes (et éventuellement, des contestations) concernant la légalité de toutes les perquisitions qui avaient été effectuées sous l'autorité d'un mandat ordinaire ou d'un mandat de main-forte par les préposés des douanes depuis des années. Il valait mieux

procéder par une légitimation discrète des mandats décernés sous l'autorité de la Loi de 1660 (la remise en vigueur de 1685 fut subtilement incorporée à la législation courante qui attribuait les droits de douane à Jacques II), et fermer les yeux sur l'application un peu trop large du mandat de main-forte.

La situation créée en 1685 demeurera substantiellement la même pendant de nombreuses années. Les dispositions de la Loi de 1660 concernant les mandats de perquisition en matière de douane furent remises en vigueur à plusieurs reprises. Ce n'est qu'au cours du règne de George I que l'on prit la peine de substituer à la formule étroite et surannée "interdits et introduits en contrebande" de la Loi de 1662 concernant les mandats de main-forte, le critère plus large "interdits ou introduits en contrebande[30]". Entre temps, la confusion dans laquelle se trouvait déjà le droit concernant les perquisitions en matière de douane, avait déjà contaminé les projets relatifs à l'Amérique du Nord.

4. LA LOI DE 1696

En 1696, le Parlement adopta une Loi visant à établir, dans les colonies de l'Amérique du Nord, un régime de perception des droits de douane aussi semblable que possible à celui qui existait déjà en Angleterre, en vertu du Act of Frauds de 1662. Cette loi intitulée Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade[31] prit par la suite le nom de Act of Frauds de 1696.

L'article 6 de la Loi de 1696 était une sorte de précis portant, entre autres, sur les pouvoirs de pénétrer dans un lieu et d'y procéder à des perquisitions. Les dispositions précédentes ayant énuméré les diverses lois en vertu desquelles l'importation ou l'exportation de marchandises pouvait être interdite ou soumise au paiement de droits, l'article 6 énonçait que les navires chargés ou déchargés dans un port colonial, de même que leurs commandants, étaient assujettis aux [TRADUCTION] "mêmes règles, visites, perquisitions, pénalités ou confiscations" qui étaient applicables en Angleterre en vertu du Act of Frauds de 1662. Les dispositions de l'article 6 prévoyaient en outre ce qui suit concernant les préposés des douanes dans les colonies:

[TRADUCTION]

> (ils) ont les mêmes pouvoirs et la même autorité pour visiter les navires et y procéder à des perquisitions, pour inspecter, saisir, mettre en sûreté ou apporter à terre toute partie des biens dont l'importation ou l'exportation est interdite dans lesdites plantations, ou à l'égard desquels des droits sont payables ou auraient dû être payés, en vertu de l'une ou l'autre des Lois susmentionnées, qui sont accordés aux préposés des douanes en Angleterre par ladite (...) Loi adoptée la quatorzième année du règne du roi Charles II, *et aussi pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts, afin de procéder à des perquisitions et saisir de tels biens* (...)

Le passage en italique dénote clairement l'intention de conférer aux préposés des douanes d'Amérique du Nord le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y effectuer des perquisitions, une fois les biens débarqués. Pour le reste, cette disposition ne pêche pas par excès de clarté. L'impression qui s'en dégage est que le mécanisme de perquisition tant à terre qu'à bord des navires, devait être le même dans les colonies qu'en Angleterre aux termes de la Loi de 1662, mais cette impression laisse bientôt place au doute. Pour commencer, la construction syntaxique est boiteuse. En effet, il est impossible de savoir avec certitude comment les termes "et aussi pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts afin de procéder à des perquisitions et saisir de tels biens" s'articulent par rapport au reste du texte. Si le but visé était une réplique du pouvoir prévu par la Loi de 1662, pourquoi a-t-on restreint les perquisitions aux maisons et aux entrepôts, alors que le pouvoir conféré en 1662 s'étendait à "toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit"? Et surtout, pourquoi ne pas avoir exposé les fins recherchées en termes explicites?

Toutefois, le caractère sibyllin de cette disposition, qui a eu un effet pratique important sur l'évolution des perquisitions en matière de douane (surtout à l'égard du mandat de main-forte) en Amérique du Nord, n'est pas attribuable à l'incurie du rédacteur. Il semble plus probable qu'on ait évité délibérément d'étendre clairement aux colonies le pouvoir instauré en 1662. Il faut en effet admettre que le rédacteur de la Loi de 1696 devait faire face à un problème fort délicat. Signalons qu'il ne s'agit

pas des difficultés d'ordre secondaire qui pouvaient être résolues par des modifications mineures du libellé de la disposition. Par exemple, le problème de la juridiction conférée par la Loi de 1662 à la Cour de l'Échiquier, dont le ressort ne s'étendait pas aux colonies, pouvait facilement être réglé dans la Loi de 1696. Le problème en question était beaucoup plus grave et difficile que cela. Au centre du problème se trouvait l'élément qui avait jeté la confusion dans le droit des perquisitions en matière de douane en Angleterre, soit la funeste formule "interdits et introduits en contrebande" du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662.

Le problème auquel le rédacteur de la Loi de 1696 avait à faire face peut être présenté par contraste avec les autres dispositions de la Loi. Ainsi, les perquisitions à bord des navires ne posaient pas de difficulté. En effet, les dispositions de l'article 4 de la Loi de 1662 établissaient le pouvoir de perquisitionner à bord des navires, concernant des biens [TRADUCTION] "interdits ou introduits en contrebande". Il était donc facile, dans la Loi de 1696, de donner "les mêmes pouvoirs et la même autorité pour visiter les navires et y procéder à des perquisitions", concernant les "biens dont l'importation ou l'exportation est interdite dans lesdites plantations (...) qui sont accordés aux préposés des douanes en Angleterre [par la Loi de 1662]". Mais il était impossible de procéder de cette façon pour étendre l'application de la disposition de 1662 concernant les perquisitions effectuées à terre, puisque dans ce cas, il ne s'agissait plus de biens "interdits ou introduits en contrebande", mais de biens "interdits et introduits en contrebande". Comme nous l'avons vu, cette formule à deux volets était appropriée pour l'Angleterre de 1662, mais les temps avaient évolué rapidement et son insuffisance était devenue gênante, à telle enseigne qu'on avait dû déterrer le mécanisme, lui-même assez peu satisfaisant, du mandat de perquisition prévu par la Loi de 1660. De toute évidence, si la Loi de 1696 n'avait fait qu'étendre l'application des dispositions du paragraphe 5(2) de la Loi de 1662 aux colonies, la formule "interdits et introduits en contrebande" aurait donné lieu aux mêmes difficultés en Amérique, quoiqu'à une échelle moindre. En revanche, il aurait été peu avisé, sur le plan politique, que la Loi de 1696 introduise dans les colonies le même pouvoir de perquisitionner qui avait été créé en 1662, mais portant cette fois sur des biens "interdits ou introduits en contrebande" plutôt que "interdits et introduits en contrebande". Il fallait en effet tenir compte de la situation en

Angleterre, où la Loi de 1662, avec sa formule "interdits et introduits en contrebande", était toujours en vigueur. Même avec le rétablissement de la Loi de 1660 concernant les mandats de perquisition en matière de douane (et en fait, surtout à cause de cela), le droit relatif aux perquisitions en matière de douane était, en Angleterre, dans un état qu'il valait mieux passer sous silence. Il aurait été peu prudent de faire en sorte que les dispositions de la Loi de 1696 mettent en lumière les lacunes de la Loi de 1662.

L'intention délibérée qui se cache derrière la rédaction étrangement fumeuse de la Loi de 1696 peut être corroborée d'une autre façon. Ce que nous avons cité trois paragraphes plus haut n'est en fait qu'un extrait de l'article 6. L'article 6 consistait en un ensemble de dispositions, réglementaires et autres, reliées dans une seule et même phrase qui contenait plus de cinq cents mots. Le passage concernant les perquisitions se trouvait au tiers du texte dont la verbosité masquait sa construction boiteuse. On a sans doute considéré que parmi les quelques esprits tenaces qui ne seraient pas découragés à la vue de la densité de la typographie, bien peu auraient assez de persévérance pour se rendre à la fin et revenir au premier tiers du texte afin d'ergoter sur des problèmes de syntaxe. Il était également à souhaiter, dans l'intérêt du rédacteur, que les membres du Parlement, qui allaient se prononcer sur l'adoption de l'article 6, ne fussent pas doués d'une trop grande perspicacité. Car pour peu qu'on se fût mis à débattre le contenu de ce cafouillis, l'article 6 aurait bien pu ne jamais être adopté.

5. DÉNOUEMENT

Les énigmes de la législation douanière ainsi expédiées de l'autre côté de l'Atlantique mirent beaucoup de temps à faire surface. En effet, la situation demeura stable pendant plus de cinquante ans, suite à quoi, pour des raisons spécifiques à la province en question, les perquisitions en matière de douane devinrent une question brûlante dans la Baie du Massachusetts. Après une brève période de flottement au niveau de la procédure, ce qui indique clairement l'incertitude qui entourait l'interprétation des dispositions de l'article 6 du Act of Frauds de 1696, les autorités judiciaires décidèrent finalement de donner aux dispositions de l'article 6 le sens des dispositions du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, y compris les dispositions concernant le mandat de main-forte. Il ne

fait aucun doute que cette interprétation fut la cause du célèbre réquisitoire de James Otis en 1761, qui soutenait que la délivrance du mandat de main-forte devait être réglementée de façon que le pouvoir de pénétrer dans un lieu et d'y perquisitionner, comme le prévoyaient les dispositions du paragraphe 5(2), ne soit pas général mais limité à certains cas particuliers dont les circonstances spécifiques devaient être alléguées sous serment[32]. Il en va de même de la décision de la Cour supérieure du Massachusetts de maintenir les modalités d'application du mandat de main-forte comme auparavant. Par la suite, cependant, la situation périclita et démontra le caractère mal fondé de cette décision.

Selon John Adams, ce sont [TRADUCTION] "les revendications arbitraires de la Grande-Bretagne" qui déclenchèrent la fameuse controverse au Massachusetts et, en conséquence, l'amorce de la révolution américaine. Toutefois, d'un point de vue historique, il serait plus juste de dire que les autorités britanniques n'étaient pas au courant du litige entourant les mandats de main-forte et, qui plus est, n'en savaient guère plus, le conflit terminé. C'est la colonie du Connecticut plutôt que sa voisine, celle du Massachusetts, qui a fourni à Londres la première occasion d'examiner la validité des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord. Au printemps de 1766, le bureau de douane de New London éprouvait des difficultés au sujet de la contrebande et des marchands locaux. Ces difficultés étaient en partie liées aux pouvoirs des préposés des douanes de pénétrer dans des endroits privés et d'y effectuer des perquisitions. Cette question, entre autres, fut portée à l'attention des commissaires des douanes d'Angleterre, qui s'adressèrent alors au procureur général. Les commissaires expliquèrent alors la façon dont la Cour supérieure du Connecticut s'était prononcée sur la question de la délivrance des mandats de main-forte:

> (TRADUCTION)
>
> Certains doutes s'étant manifestés récemment à New London, le percepteur a demandé l'avis du procureur du roi qui lui a donné la réponse suivante: "J'ai communiqué vos documents à Newhaven, et j'ai fait part aux juges de la question des mandats de main-forte. Sans nier l'importance de cette question, ceux-ci se sont dit très embarrassés d'y répondre. En effet,

> puisqu'une loi du Parlement prévoit expressément que le mandat de main-forte doit être délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier, et qu'il n'existe pas ici de loi qui concerne le mandat de main-forte, les juges n'ont pas pu trancher la question[33]".

Les problèmes pratiques que posait le droit relatif aux perquisitions en matière de douane en Amérique du Nord étaient enfin parvenus en Angleterre, là où résidait toute la responsabilité de l'état du droit.

On se souviendra qu'aux termes de l'article 6 du Act of Frauds de 1696, les préposés des douanes des colonies avaient les pouvoirs suivants:

> [TRADUCTION]
>
> (...) les mêmes pouvoirs et la même autorité, pour visiter les navires et y effectuer des perquisitions (...) qui sont accordés aux préposés des douanes en Angleterre par ladite (...) Loi adoptée la quatorzième année du règne du roi Charles II [le Act of Frauds de 1662], et aussi pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts, afin de procéder à des perquisitions (...)

Afin de renforcer le principe voulant que le mécanisme de perquisition en matière douanière fût le même de chaque côté de l'Atlantique, surtout en ce qui avait trait au mandat de main-forte, la Loi prescrivait un peu plus loin que les préposés des douanes des colonies devaient bénéficier de l'"assistance" que la Loi de 1662 accordait à leurs homologues en Angleterre. Cependant, cela n'était jamais qu'une impression. Que les règles du droit britannique concernant les perquisitions à bord des navires s'étendissent aux colonies, cela était explicite dans la Loi. Mais on pouvait croire, après réflexion, que les mots "et aussi pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts" avaient été délibérément détachés du reste de la disposition et donnaient aux préposés des douanes dans les colonies un pouvoir inconditionnel de pénétrer "dans les maisons ou les entrepôts" (mais seulement dans ces deux types d'endroit) et d'y perquisitionner, comme s'il s'agissait d'un pouvoir qui appartenait d'office aux préposés. Pourtant, d'un autre point de vue, on ne pouvait accorder un sens aussi large à ces mots. En effet, comme dans le cas des perquisitions à bord des navires, la Loi mentionnait bien qu'il s'agissait

des "mêmes pouvoirs et (de) la même autorité (...) qui sont accordés aux préposés des douanes en Angleterre" par la Loi de 1662.

Même si ce n'est qu'en 1766 que ces ambiguïtés du Act of Frauds de 1696 ont posé de véritables problèmes aux autorités britanniques, l'acte de nomination du préposé des douanes énumérant les pouvoirs de celui-ci ne faisait pas état de ces ambiguïtés. C'est ce qui ressort des explications que les commissaires des douanes donnèrent au procureur général:

> [TRADUCTION]
>
> La procuration accordée aux préposés des douanes en Angleterre contient la clause suivante: "il a le pouvoir de pénétrer dans tout navire, cale, bateau ou autre vaisseau, et, s'il détient un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, et qu'il soit accompagné d'un constable, d'un chef de bourg ou d'un autre officier public résidant près de l'endroit en question, de pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt ou autre endroit, afin de procéder, avec diligence, à des perquisitions, etc." mais comme il n'y a jamais eu de mandats de main-forte délivrés par la Cour de l'Échiquier d'Angleterre, qui soient à la disposition des préposés des douanes dans les plantations, les procurations accordées à ces derniers ont été rédigées de la façon suivante: "il a le pouvoir de pénétrer dans tout navire, cale, bateau ou autre vaisseau; et aussi de pénétrer dans tout magasin, maison, entrepôt, hostellerie ou autre endroit, afin de procéder, avec diligence, à des perquisitions, etc."

Autrement dit, le préposé des douanes britannique était à même d'obtenir un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier, et en conséquence, sa procurationx[34] exigeait qu'il détienne un tel mandat et qu'il soit accompagné d'un agent de la paix local, afin de pénétrer dans un lieu et d'y procéder à une perquisition. Mais les documents constatant la nomination des préposés des douanes dans les colonies ne contenaient aucune exigence de cette nature parce que la Cour de l'Échiquier n'avait jamais délivré de mandats de main-forte qui puissent y être utilisés (et pour cause, puisqu'elle n'avait pas la juridiction nécessaire).

Conscients du fait que l'emploi du mandat de main-forte et la présence de l'agent de la paix étaient obligatoires en Angleterre aux termes du Act of Frauds de 1662, les commissaires des douanes tentèrent de justifier le non-respect de ces prescriptions en Amérique du Nord, en alléguant que le Act of Frauds de 1696 était différent:

[TRADUCTION]

> Nous avons conclu que l'usage du mandat de main-forte n'était pas requis par les dispositions de la Loi de 1696 (7 & 8 Guillaume III), puisqu'elle donne aux préposés des douanes le pouvoir suivant: "et aussi de pénétrer dans toute maison ou entrepôt afin de procéder à des perquisitions et saisir de tels biens", sans faire allusion au mandat de main-forte, ni à la 1662 (14 Charles II), contrairement à tous les autres passages de l'article où des pouvoirs sont accordés aux préposés, ou lorsque des restrictions sont apportées à ce pouvoir de pénétrer dans les maisons, etc. Il semble donc que ce pouvoir ait été intégré dans la Loi, après le renvoi à la Loi de 1662, de façon à supprimer la nécessité du mandat de main-forte, étant donné qu'aucune cour n'avait le pouvoir de délivrer de tels mandats.

Cet argument n'est pas tout à fait satisfaisant. Indépendamment du fait que la Loi de 1696 ne fût pas aussi claire qu'on voulait bien le laisser entendre, les procurations des douaniers coloniaux, que les commissaires eux-mêmes avaient citées, accordaient aux douaniers des pouvoirs beaucoup plus larges que ne le faisait la Loi, pour ce qui est des lieux auxquels ces pouvoirs devaient censément s'appliquer. En effet, dans les procurations, il était question de "tout magasin, maison, entrepôt, hostellerie ou autre endroit[35]", alors que la Loi ne parlait que de "maisons ou entrepôts". Ainsi, la rédaction de cet exposé fut vraisemblablement pour les commissaires une tâche très délicate.

Voici le paragraphe suivant de l'exposé en question:

[TRADUCTION]

> Toutefois, dans la partie suivante du même article de la Loi de 1696 (7 & 8 Guillaume III), il est prescrit qu'il doit être donné auxdits préposés, dans l'exécution de leurs fonctions, la

même assistance qui, aux termes de la Loi de 1662 (14 Charles II, chap. 11) doit être donnée aux préposés en Angleterre. C'est en s'appuyant sur ces termes que le percepteur de Boston, en Nouvelle-Angleterre, a obtenu, quelques années plus tard, un mandat de main-forte du juge en chef de cette colonie et a par la suite pénétré dans les maisons sans qu'on lui oppose de résistance (...)

Les commissaires faisaient alors allusion à la délivrance des mandats de main-forte par la Cour supérieure du Massachusetts, qui était devenue une pratique courante dans cette province depuis la fameuse affaire de 1761. Cependant, il s'agissait d'une nouvelle volte-face pour les commissaires. En effet, immédiatement après avoir mis en doute la nécessité, dans les colonies, du mandat de main-forte pour effectuer des perquisitions en matière douanière, de même que la possibilité d'obtenir légalement de tels mandats dans les colonies, ils affirmaient tout à coup qu'en pratique, des perquisitions avaient lieu en Amérique du Nord sous l'autorité d'un mandat de main-forte, et proposaient même un fondement législatif pour la délivrance de tels mandats[36].

Par la suite, les commissaires des douanes s'employèrent à décrire l'obstination de la Cour supérieure du Connecticut, qui faisait contraste avec l'attitude de la Cour du Massachusetts, et à cristalliser le problème. Ils posèrent au procureur général William De Grey la question suivante:

[TRADUCTION]

La Loi de 1696 (7 et 8 Guillaume III) donne-t-elle aux préposés des douanes dans les colonies le pouvoir de pénétrer dans les maisons et dans les entrepôts, afin de rechercher et de saisir tout bien interdit ou introduit en contrebande, sans détenir un mandat de main-forte? Dans la négative, le mandat de main-forte doit-il être délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier d'Angleterre ou par une Cour des colonies et, le cas échéant, quelle est la cour coloniale compétente?

Le 17 octobre 1766, De Grey répondit par la négative, d'une façon on ne peut plus claire:

[TRADUCTION]

> J'estime que les termes de la Loi ne permettent pas l'interprétation que contient l'exposé. En effet, les mots "et aussi de pénétrer (...)" doivent être lus conjointement avec les mots qui précèdent, "les mêmes pouvoirs et la même autorité", et doivent être interprétés de la façon suivante: [TRADUCTION] "les douaniers ont les mêmes pouvoirs et la même autorité qu'ils ont en Angleterre, pour visiter les navires, etc. et aussi pour pénétrer dans les maisons, etc." Ainsi, ces mots ne donnent qu'un pouvoir relatif et non absolu. Par ailleurs, la Cour de l'Échiquier d'Angleterre ne peut expédier de mandats dans les plantations. En revanche, il n'existe dans les plantations aucun document qui corresponde à la description de la Loi du roi Guillaume[37].

Le raisonnement est quelque peu sinueux, mais ressort quand même assez bien. Ainsi, le pouvoir de perquisitionner prévu par le Act of Frauds de 1696, à l'égard des "maisons ou entrepôts" dans les colonies, était de la même nature que le pouvoir qui existait en Angleterre en vertu du Act of Frauds de 1662, lequel était subordonné à la délivrance d'un mandat de main-forte sous le sceau de la Cour de l'Échiquier. Or les mandats délivrés sous ce sceau n'avaient aucun effet dans les colonies.

En pratique, l'opinion du procureur général De Grey signifiait que l'exercice du pouvoir de "pénétrer dans les maisons ou les entrepôts" que la Loi de 1696 conférait aux préposés des douanes dépendait d'une condition impossible. Il est alors permis de se demander si De Grey a eu raison d'interpréter la Loi de façon à lui enlever tout effet. Comment, en effet, pouvait-il justifier cette interprétation, eu égard au vieil adage de common law qui avait été repris dans l'affaire Heydon[38], et selon lequel les lois du Parlement devraient être interprétées de façon à [TRADUCTION] "supprimer les méfaits et favoriser les recours (...) conformément à la véritable intention du législateur, et pour le bien public"? Pourtant, le conseiller juridique en chef de la Couronne en arrivait lui-même à la conclusion que par sa rédaction astucieuse, qui était la conséquence d'une formulation malencontreuse dans la Loi fondamentale de 1662 ("interdits et introduits en contrebande") et des circonstances difficiles qui empêchaient l'élaboration d'une meilleure solution, la Loi de 1696 s'était prise à son propre piège. Le texte législatif qui fut adopté par la suite eut un résultat encore plus déplorable.

PARTIE III

INTRODUCTION EN AMÉRIQUE DU NORD

1. LES CIRCONSTANCES PRÉCÉDANT L'ADOPTION DES TOWNSHEND ACTS[39]

Le Revenue Act de 1767 fait partie d'une législation due à l'initiative de Charles Townshend, alors chancelier de l'Échiquier, qui visait à remanier le système de douane en Amérique du Nord. Les dispositions de l'article 10 du Revenue Act marquent le début des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte au Canada. Elles tirent leur origine de l'opinion émise par le procureur général De Grey en octobre 1766, et selon laquelle les dispositions du Act of Frauds de 1696 étaient inopérantes parce qu'il y était question d'un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier d'Angleterre, dont la juridiction ne s'étendait pas aux colonies. Cependant, la réforme ne se fit pas du jour au lendemain.

Lorsqu'ils transmirent l'opinion de De Grey à leurs supérieurs de la Trésorerie le 31 octobre 1766, les commissaires des douanes britanniques se dirent d'avis, et cela était prévisible, qu'il était [TRADUCTION] "souhaitable que le Parlement intervienne afin d'accorder aux douaniers d'Amérique les pouvoirs appropriés". Cependant, un événement inattendu se produisit. La Trésorerie n'avait pas encore fait connaître sa réponse lorsque les commissaires des douanes s'adressèrent de nouveau à elle. Quelques semaines auparavant, à Boston, un citoyen du nom de Daniel Malcom, soupçonné de contrebande, avait réussi à résister à un groupe de douaniers qui avaient tenté, armés d'un mandat de main-forte émanant de la Cour supérieure du Massachusetts et flanqués d'un agent de la paix local, de pénétrer dans sa maison et de fouiller sa cave. Lorsqu'ils rapportèrent les circonstances de cette affaire à la Trésorerie le 22 novembre 1766, les commissaires des douanes s'appliquèrent à souligner les faiblesses du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, comme l'avait fait le procureur général De Grey. Il n'y avait plus, selon eux, qu'une seule chose à faire: donner suite à leur recommandation du 31 octobre 1766 et légiférer.

Cependant, rien n'y fit. À sa livraison à la Trésorerie, le rapport des commissaires du 22 novembre 1766 fut noyé dans un amoncellement de documents que le Gouver-

neur du Massachusetts avait fait parvenir au ministère du Commerce, et qui faisaient état des scènes tapageuses qui avaient eu lieu dans les rues avoisinant la maison de Malcom.

Probablement alarmée par l'inquiétude du ministère du Commerce à propos de nouvelles agitations dans la ville turbulente de Boston (et doutant peut-être du bien-fondé de l'anathème que De Grey avait jeté sur les perquisitions en matière douanière), la Trésorerie passa outre aux recommandations prudentes des commissaires des douanes et prit le taureau par les cornes. Il ne suffisait plus de ruminer l'opinion de De Grey et de faire confiance à la providence. Il fallait mettre la main au collet de ceux qui, comme Daniel Malcom et ses semblables, défiaient farouchement l'autorité de la Couronne. Les conseillers juridiques de la Couronne furent à nouveau chargés de réfléchir à la question. Le 14 janvier 1767, la Trésorerie fit parvenir aux conseillers tous les documents concernant l'affaire Malcom et se lança dans une diatribe contre [TRADUCTION] "la résistance violente qu'ont opposée ... (Malcom) ... et d'autres à l'exécution d'un mandat légal qui leur enjoignait de prêter main-forte aux préposés des douanes de Sa Majesté". Elle demanda de but en blanc "quels étaient les recours qui pouvaient être intentés contre ledit Daniel Malcom pour les crimes dont il s'était rendu coupable[40]".

De Grey et son collègue, le solliciteur général, demeurèrent stoïques. Le 6 février 1767, ils émirent l'opinion suivante:

> [TRADUCTION]
>
> les personnes en cause ne peuvent être poursuivies, ni au civil ni au criminel, pour avoir empêché les préposés des douanes d'accomplir leurs fonctions, dans la mesure où le mandat de main-forte en vertu duquel ces derniers ont pénétré dans la maison et dans la cave n'avait en l'occurrence aucune autorité sur le plan juridique[41].

La Trésorerie ne s'avoua pas vaincue pour autant. Elle s'adressa à nouveau aux conseillers juridiques le 14 février 1767, et tenta de réfuter l'argument de l'absence de juridiction invoqué dans l'affaire Malcom, en soutenant que la Cour supérieure du Massachusetts délivrait des mandats de main-forte en sa qualité de Cour de l'Échiquier, qualité qui lui était attribuée par une loi provinciale.

Cette seconde tentative de convaincre les conseillers juridiques n'eut guère plus de succès que la première. Peut-être l'argument en question mettait-il en évidence l'erreur qu'on avait commise en attribuant d'emblée la délivrance du mandat de main-forte en matière douanière à la juridiction inhérente de l'Échiquier (alors qu'en fait, les mots "délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté", au paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, semblaient conférer à cette cour une juridiction spécifique[42]. Il est également possible que les conseillers juridiques, en hommes à l'esprit pratique, aient pressenti qu'un procès dans lequel un jury composé de Bostoniens était susceptible de porter Malcom en triomphe aurait des conséquences plus embarrassantes qu'avantageuses. Comme dernière hypothèse (car il ne s'agit ici que de conjectures puisque rien ne prouve que les conseillers juridiques ont répondu à la Trésorerie), il est possible que la correspondance soit demeurée lettre morte en raison du mutisme méprisant des conseillers. En effet, il ne fallait pas encourager les simples fonctionnaires de l'État, même ceux de la puissante Trésorerie, à se mêler de débattre des questions de droit avec les avocats et les solliciteurs généraux.

Ce n'est qu'après toutes ces tergiversations que l'État britannique décida de donner suite aux recommandations initiales des commissaires des douanes, et de légiférer.

2. LES TOWNSHEND ACTS

Quoique nous n'en recommandions pas la lecture, nous avons reproduit ici intégralement les dispositions de l'article 10 du Revenue Act de 1767:

> [TRADUCTION]
>
> Attendu qu'en vertu d'une loi du Parlement adoptée au cours de la treizième et de la quatorzième année du règne de Charles II et intitulée An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses, in his Majesty's Customs, et de plusieurs autres lois actuellement en vigueur, tout préposé des douanes de Sa Majesté est fondé, s'il est autorisé par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, à prendre avec lui un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit

en question, à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit, à ouvrir par la force, en cas de résistance, toute porte, coffre, malle ou autre contenant qui s'y trouve, à saisir, puis à emporter tout bien ou marchandise interdit ou introduit en contrebande, et à placer ces derniers en sûreté dans l'entrepôt de Sa Majesté le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu. Et attendu qu'en vertu d'une loi adoptée au cours de la septième et de la huitième année du règne de Guillaume III, et intitulée An Act for preventing Frauds, and Regulating Abuses, in the Plantation Trade, il est, entre autres, prescrit que les préposés chargés de percevoir et d'administrer les douanes de Sa Majesté, et d'inspecter le commerce dans les plantations en Amérique, ont les mêmes pouvoirs et la même autorité que les préposés en Angleterre, en vertu de ladite Loi datant de la quatorzième année du règne de Charles II, pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts, pour rechercher et saisir les biens dont l'importation ou l'exportation est interdite dans lesdites plantations, ou à l'égard desquels des droits de douane sont payables ou auraient dû être payés, et doivent recevoir la même assistance, dans l'exécution de leurs fonctions, que celle qui est accordée aux préposés en Angleterre par ladite Loi. Mais comme le pouvoir de décerner les mandats de main-forte aux préposés des douanes dans lesdites plantations n'a été accordé à aucune Cour en particulier par ladite Loi adoptée au cours de la septième et de la huitième année du règne de Guillaume III, il est douteux que ces préposés puissent légalement pénétrer dans les maisons et autres lieux sur la terre ferme, afin de rechercher et de saisir les biens, de la façon prévue par lesdites Lois. Afin d'écarter tout doute à l'avenir, et pour donner effet à l'esprit desdites Lois, il est prescrit par l'autorité susmentionnée qu'à partir du vingtième jour du mois de novembre mil sept cent soixante-sept, la Cour supérieure ou la Cour suprême ayant juridiction dans la colonie ou la plantation, selon le cas, pourra délivrer des mandats de main-forte pour autoriser et habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison, magasin, cave ou autre

> endroit, dans les colonies ou les plantations britanniques d'Amérique, et à rechercher et à saisir les biens interdits ou introduits en contrebande, de la façon prévue par lesdites Lois.

Ce texte constitue l'ensemble des dispositions qui ont introduit le mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte au Canada. Il comporte plusieurs éléments qui ne manquent pas d'intérêt. Et si l'on se rappelle comment le verbiage soporifique avait permis au contenu insignifiant des dispositions du Act of Frauds de 1696 concernant les perquisitions en matière douanière dans les "maisons ou entrepôts", de passer dans le chas d'une aiguille et de survivre pendant plus de soixante-dix ans[43], on ne saurait s'étonner de la présence d'éléments artificiels de nature politico-juridique dans le texte de 1767 qui est, par ailleurs, tout aussi insipide.

3. LES ASTUCES DU MÉTIER

L'objet déclaré des dispositions de l'article 10 en est un bon exemple. Après avoir imposé au lecteur l'énumération fastidieuse de la législation antérieure, ces dispositions finissent par amener l'hypothèse que la légalité des perquisitions douanières sur la terre ferme était "douteuse" puis que le Act of Frauds de 1696 ne prévoyaient pas expressément la délivrance des mandats de main-forte dans les colonies. Par conséquent, "pour écarter tout doute à l'avenir", les dispositions de l'article 10 conférèrent formellement au plus haut tribunal de chaque colonie la juridiction nécessaire. On remarque, en passant, que cela ne correspond pas tout à fait à la façon dont le procureur général De Grey avait interprété la législation antérieure (interprétation qui du reste avait rendu nécessaire l'adoption de l'article 10). Mais il existe une différence encore plus marquée: la prétention manifestement fausse selon laquelle les dispositions de l'article 10 ne visaient qu'à éliminer les doutes, c'est-à-dire à faciliter l'application du droit préexistant plutôt qu'à établir de nouvelles règles de droit. Rares sont les cas où la législation a masqué la réalité de façon aussi accablante. En effet, il est impossible pour le lecteur contemporain qui ignore les faits masqués par l'expression insouciante et presque insipide du texte de l'article 10, de deviner que les conseillers juridiques de la Couronne, loin de patauger dans l'incertitude concernant la Loi de 1696, avaient affirmé à maintes reprises que celle-ci était totalement inopérante.

Le caractère un peu fourbe de l'article 10 n'est pas difficile à expliquer. Parmi les problèmes auxquels faisait face le législateur, l'un des plus délicats était de ne pas laisser entendre, et encore moins de dire en termes explicites que les perquisitions effectuées auparavant sur la terre ferme dans les colonies étaient illégales. Les conseillers juridiques pouvaient se permettre de faire de telles affirmations entre eux, ou avec les commissaires des douanes et la Trésorerie. Mais le moment venu de combler les lacunes en question et d'élaborer pour l'avenir un texte de loi concernant les perquisitions douanières, il fallait bien se garder de provoquer le tempérament particulièrement procédurier des coloniaux. Au Massachusetts notamment, les citoyens connaissaient depuis longtemps le mécanisme du mandat de main-forte et ne se faisaient pas faute de manifester leur mécontentement. En conséquence, si le libellé de la nouvelle loi avait laissé entendre que toutes les perquisitions effectuées auparavant étaient légalement défectueuses (parce que le mandat était sans fondement) les préposés des douanes qui avaient effectué ces perquisitions se seraient vus menacés de poursuites en responsabilité ruineuses. Les premières lignes de l'exposé du droit que contenait l'article 10 étaient en somme assez fidèles à l'opinion donnée en 1766 par le procureur général De Grey, qui avait expliqué les règles de la Loi de 1662 concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, et y avait greffé l'épineuse Loi de 1696. Cependant, cet exposé servit à amener subtilement une conclusion beaucoup moins négative que celle à laquelle De Grey en était arrivé. Contrairement à l'anathème jeté par le conseiller juridique sur les mandats de main-forte des colonies, les dispositions de l'article 10 n'écartèrent pas la possibilité que ces mandats fussent valides. Ce qui, dans les dossiers de la Trésorerie, apparaissait comme un désaveu catégorique fut donc présenté au public comme un simple doute. Ainsi, en apparence, l'adoption de la nouvelle loi ne semblait pas être un geste causé par la panique, mais plutôt la restauration superficielle d'une loi quelque peu poussiéreuse.

Par souci d'exactitude, signalons que les dispositions de l'article 10 eurent l'effet escompté, pour ce qui est "d'écarter tout doute". En effet, il semble qu'aucune poursuite n'ait été intentée afin d'extorquer des dommages-intérêts aux douaniers à l'égard des perquisitions qui, d'après les conseillers juridiques britanniques, étaient illégales.

4. LE RAFFINEMENT

Il y a un autre point que nous nous devons de signaler. Le préambule long et parfois diffus de l'article 10 du Revenue Act de 1767, où est énumérée la législation antérieure, décrit le texte d'origine concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte comme visant les biens "interdits ou introduits en contrebande". Comme nous l'avons vu, cela est inexact sur le plan historique, car il était question, dans la Loi de 1662, de biens "interdits et introduits en contrebande". Nous avons déjà parlé, dans les pages qui précèdent, de l'incidence sur la législation ultérieure de ce double critère trop restrictif pour viser les biens qui n'avaient été introduits qu'en fraude des lois douanières. Cette incidence s'est traduite en Angleterre par la "résurrection" de la Loi de 1660 concernant les mandats de perquisition et dans les colonies par le texte inextricable du Act of Frauds de 1696. En 1767, cependant, la situation était différente. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, à un certain moment, la formule restrictive "interdits et introduits en contrebande" avait dû, pour des raisons pratiques, être remplacée par "interdits ou introduits en contrebande".

L'un des divers ajustements qu'a introduits le Act for preventing Frauds and Abuses in the Publick Revenues[44] de 1719 consistait à reconnaître des cas où des biens [TRADUCTION] "interdits ou assujettis aux droits de douane", trouvés au cours d'une perquisition effectuée sous l'autorité d'un mandat de main-forte, en vertu de la Loi de 1662, pouvaient être détenus jusqu'à ce qu'on ait prouvé que les droits de douane avaient été acquittés à leur égard. Dans l'introduction de l'article 10 du Revenue Act de 1767, où il était alors question de perquisitions concernant des biens "interdits ou introduits en contrebande", en vertu d'un mandat de main-forte, on renvoyait non seulement au Act of Frauds de 1662, mais également à "plusieurs autres Lois actuellement en vigueur". Parmi celles-ci figurait la Loi de 1719 qui, dans son application, pouvait être interprétée de façon à étendre la portée du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte prévu par la Loi de 1662, aux biens "introduits en contrebande", c'est-à-dire en fraude des lois douanières, que ces biens fussent "interdits" ou non, d'où la transformation de "interdits et introduits en contrebande" en "interdits ou introduits en contrebande".

Ce tour de passe-passe législatif réussi arrivait à point, eu égard au nouveau tarif de droits d'importation qui était un élément central du régime douanier modifié de 1767. Jusqu'à cette date, très peu de biens importés dans les colonies britanniques d'Amérique étaient assujettis aux douanes impériales à leur arrivée. Par conséquent, ce n'est qu'en Grande-Bretagne où, en vertu des lois sur le commerce, presque toutes ces cargaisons étaient embarquées, transbordées ou en transit, que l'incidence fiscale de telles mesures se serait fait sentir. À strictement parler, l'importation en contrebande consistait bien plus dans la violation d'une prohibition de commerce que dans une contravention aux lois douanières. La plus grande partie des biens introduits en contrebande dans les colonies étaient ceux qui faisaient l'objet de telles prohibitions, et il y avait peu de raisons pour que cette situation change après 1767. Dans ces conditions, il était de peu d'importance que dans les dispositions du Revenue Act concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, il soit question de biens "interdits ou introduits en contrebande", plutôt que "interdits et introduits en contrebande". Pourtant, dans la mesure où les biens visés par le nouveau tarif de droits de douane étaient assujettis à ces droits même lorsqu'ils venaient de Grande-Bretagne ou qu'ils y étaient passés (et dans ce cas, il n'y avait évidemment pas eu de violation d'une prohibition de commerce), il peut avoir semblé impérieux sur le plan logique de veiller à ce qu'aucun bien à l'égard duquel les droits de douane n'avaient pas été acquittés n'échappe à l'application des dispositions en question.

5. PÉCHÉ D'OMISSION

Si habile qu'il fût en ce qui concerne les questions d'ordre secondaire, le libellé de l'article 10 du Revenue Act de 1767 se révéla moins heureux pour ce qui est des règles de fond.

Le nouveau bureau des commissaires des douanes américain de Boston essuya plusieurs refus dans ses tentatives de persuader les tribunaux des colonies que le mandat de main-forte créé par les dispositions de l'article 10 devait être de portée générale et utilisable aux endroits et de la façon que le douanier jugeait appropriés. Dans les colonies, du moins dans celles qui allaient par la suite faire sécession, une nouvelle tendance se manifesta, qui consistait pour le tribunal à limiter la portée de chaque mandat à un cas déterminé faisant l'objet d'une déclaration sous serment[45].

Cette intransigeance (qui persista à l'encontre non seulement des efforts des commissaires des douanes, mais également des opinions pressantes de plusieurs procureurs généraux britanniques successifs) s'inspirait sans doute des attaques qui avaient été formulées récemment en Angleterre par les tribunaux et le Parlement à l'égard des mandats de portée générale, dans le contexte des luttes que mena John Wilkes. Apparemment, dans les colonies, on eut connaissance qu'en pratique, en Angleterre, l'emploi du mandat de main-forte était limité aux cas où la demande était étayée par des motifs probants[46]. On a cependant cru, à tort, que c'était la délivrance du mandat de main-forte par la Cour de l'Échiquier qui faisait l'objet de telles réticences, et non ses cas d'emploi tout simplement. Par ailleurs, il est aussi possible que les tribunaux américains se soient retranchés derrière un argument qui reflète davantage la réalité du pays. Dans la célèbre affaire des mandats de main-forte qui avait été entendue par la Cour supérieure du Massachusetts en février 1761, James Otis avait insisté pour que le mandat de main-forte ait une portée restreinte et soit appuyé par une demande faite sous serment. Il avait rappelé qu'en common law, le mandat de perquisition concernant des biens volés avait eu à l'origine une portée générale qui avait par la suite été réduite par la jurisprudence et limitée à des cas précis faisant l'objet d'une demande sous serment. Il avait soutenu que par analogie, les dispositions législatives qui servaient de fondement au mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, et qui ne disaient pas expressément que le pouvoir en question devait avoir une portée générale, devaient être interprétées suivant le même principe, soit en restreignant de façon appropriée la délivrance des mandats de main-forte[47].

Quel qu'ait été le raisonnement des tribunaux américains, il n'en demeure pas moins que leur réticence à délivrer des mandats de main-forte autrement que sur production d'une dénonciation faite sous serment n'allait pas à l'encontre des dispositions de l'article 10. Celles-ci enjoignaient aux tribunaux de délivrer des mandats de main-forte, tout en les laissant libres (il n'y avait effectivement aucune disposition à l'effet contraire) de régler le processus de délivrance de la façon qu'ils estimaient appropriée. Cependant, à en juger par ce qui allait se produire par la suite (à savoir, la démonstration de l'argument avec lequel James Otis faillit triompher des mandats de main-forte en 1761), il aurait été préférable que l'intention de conférer un pouvoir général eût été exprimée en termes clairs.

En effet, qu'on ait eu l'intention de conférer un pouvoir général, cela ne fait aucun doute. On pourrait crier à l'injustice, du fait qu'en Angleterre, l'application pratique du mécanisme de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte était limitée depuis longtemps aux cas où le douanier disposait de renseignements probants. Signalons en passant que cette pratique était également sanctionnée par la loi: l'un des objets de la Loi de 1719, dont nous avons parlé à la page 51, était de donner plus d'autorité aux préposés des douanes procédant à la saisie de biens lors d'une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, s'ils avaient agi [TRADUCTION] "par suite de la dénonciation d'une ou de plusieurs personnes dignes de foi[48]". Pourtant, l'article 10 du Revenue Act de 1767 portait sur la délivrance du mandat de main-forte, et non sur les cas d'application de celui-ci. Il fut présenté comme une partie essentielle du texte législatif initial concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, soit le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662. Et quelles que soient les vicissitudes qu'a connues ce mécanisme du paragraphe 5(2), en théorie et en pratique, le mode de délivrance du mandat est demeuré le même. Il est opportun de rappeler en quoi il consistait. Aux termes du paragraphe 5(2), le mandat devait être délivré "sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté". Or c'est à Londres que se trouvait le siège de la Cour, c'est-à-dire, en pratique, le bureau du registraire du roi. L'Angleterre n'est pas particulièrement vaste, mais elle l'est suffisamment pour qu'au XVII^{e} siècle, il fût difficile de se rendre à Londres, à partir de l'un des divers ports du littoral. Dans le cas d'un port situé dans le nord du pays, le voyage pouvait prendre plusieurs jours, et le double pour l'aller retour. C'est donc dire qu'à l'extérieur de la ville de Londres, l'efficacité du mécanisme aurait été illusoire si un mandat de main-forte distinct avait été nécessaire lors de chaque perquisition. En effet, on ne pouvait toujours s'attendre à ce que les biens suspects soient conservés sur place jusqu'à ce que le préposé des douanes ait fait l'aller retour jusqu'à la capitale, sans compter que jusqu'au XVII^{e} siècle, la préparation du mandat était tellement laborieuse (le portrait du roi, la calligraphie latine hautement raffinée, etc.) qu'elle pouvait demander des jours, voire des semaines. Ainsi, il était à toutes fins utiles essentiel que le pouvoir de perquisition créé par la Loi de 1662 soit général. Si tant est que la Loi de 1662 fut parmi les lois à l'esprit desquelles les dispositions de l'article 10 de la Loi de 1767 étaient censées donner effet, c'était bien mal comprendre l'esprit de la première que d'interpréter la

seconde de façon à restreindre la portée du mandat de main-forte à l'étape de la délivrance de celui-ci. On ne saurait terminer cette digression sans nous étonner que, dans toute sa perspicacité, James Otis n'ait pas pensé à un argument aussi probant à l'encontre de sa théorie selon laquelle les dispositions de la Loi de 1662 pouvaient être interprétées de façon qu'un mandat de main-forte ne soit décerné que pour un cas déterminé.

Quant à savoir pourquoi le rédacteur de l'article 10 du Revenue Act de 1767 n'a pas pris la peine de prévoir que les tribunaux américains enlèveraient tout effet à cette disposition en délivrant des mandats utilisables en une seule occasion (il est fort peu probable qu'il ait eu connaissance des vains efforts d'Otis dans ce sens, plusieurs années auparavant), on peut penser qu'il lui a semblé inutile d'anticiper une énormité semblable. On peut toutefois songer à une solution moins hypothétique. Elle nous vient du procureur général De Grey, dont l'opinion datant d'octobre 1766 est à l'origine de cette législation et a probablement servi de principale pièce de référence au rédacteur. À en juger par le contenu de l'opinion en question, le seul véritable problème soulevé par les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte dans les colonies était un problème de juridiction: l'application de la Loi de 1662 concernant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte avait été étendue aux colonies britanniques d'Amérique par le Act of Frauds de 1696, mais le mandat créé par la Loi de 1662 devait être délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier britannique dont la juridiction ne s'étendait pas aux colonies. En conséquence, sur le plan du fond, (il en a été tout autrement sur le plan de la forme), le rédacteur s'est borné à présenter une seule disposition plutôt lapidaire conférant aux tribunaux des colonies le pouvoir de décerner des mandats de main-forte.

6. LA PIERRE ANGULAIRE

Dans la mesure où les mandats de main-forte qui allaient désormais être délivrés dans les colonies étaient conformes au modèle britannique créé par le Act of Frauds de 1662, ils consistaient tout simplement dans un ordre adressé à un ensemble très vaste de personnes, dont les officiers navals, militaires et civils, de faciliter les perquisitions du préposé des douanes. Pour qu'un tel ordre ait quelque valeur sur le plan juridique, le mandat lui-même devait être conforme à la doctrine de common law qui lui servait de

fondement: "la ressource secrète du droit" de Coke, permettant toujours de créer un bref "en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, selon la force et l'effet de la loi". Le mandat de main-forte nécessaire aux fins des perquisitions prévues par les dispositions du paragraphe 5(2) de la Loi de 1662 était fondé sur l'obligation de prêter main-forte imposée par les dispositions de l'article 32, dont la protée beaucoup plus large suffisait amplement à étayer le mandat de main-forte sur le plan théorique. Cependant, le Revenue Act de 1767 ne contenait aucune disposition de cette nature. Conformément à son but prétendu qui ne consistait qu'à réaffirmer les dispositions législatives déjà en vigueur, le texte détaillé de l'article 10 énonçait que le Act of Frauds de 1696 accordait au préposé des douanes dans les colonies "la même assistance" dont bénéficiait son homologue britannique en vertu de la Loi de 1662. Et c'est cela qui devait servir de fondement au nouveau mandat de main-forte en Amérique du Nord.

Cependant, en dépit de cette minutie sur le plan historique, il reste un aspect sous lequel les dispositions de l'article 10 du Revenue Act de 1767 s'éloignaient gravement des textes législatifs antérieurs, et auquel est attribuable une grande partie de ce qui s'est produit par la suite.

PARTIE IV

LA TRANSFORMATION

1. RETOUR EN ARRIÈRE À 1767

Le bureau des commissaires des douanes qui avait été établi à Boston en 1767 a très vite éprouvé des difficultés avec les mandats de main-forte délivrés en Amérique du Nord britannique en vertu du Revenue Act adopté la même année. Les tribunaux coloniaux étaient disposés à délivrer des mandats valides pour un cas déterminé mais ils étaient, pour la plupart, réticents à délivrer les mandats de portée générale que les commissaires considéraient comme justes et nécessaires. Lorsqu'à l'été de 1768, William De Grey, procureur général de l'Angleterre eut pris connaissance à Westminster de l'attitude des tribunaux coloniaux, il rédigea une sérieuse mise au point reproduite en annexe B (à laquelle nous nous référons à maintes reprises comme source de renseignements sur le mandat de main-forte et son fondement juridique). De Grey recommanda la distribution à tous les tribunaux coloniaux d'un exemplaire du mandat de main-forte utilisé en Angleterre ainsi que d'un exposé sur les modalités de la délivrance de ces mandats en Angleterre. Il croyait que les tribunaux seraient ainsi à même de constater [TRADUCTION] "que le pouvoir du préposé des douanes lui est conféré par une loi du Parlement et non par ce mandat".

Dans la mesure où De Grey faisait allusion au Act of Frauds de 1662, il avait certainement raison. Les termes de cette loi ne pouvaient pas être interprétés autrement: [TRADUCTION] "Et toute personne autorisée par un mandat de main-forte sera fondée à (...) pénétrer dans toute maison." Comme l'avait expliqué le procureur général De Grey (de façon indirecte, encore une fois), aux termes de cette loi, le mot authorised devait être employé dans son sens archaïque, soit "une notification de l'identité du détenteur du mandat".

Toutefois, une telle interprétation laissait supposer que quiconque lisait l'article 10 du Revenue Act de 1767 verrait très bien que le but de cet article était de rendre la loi de 1662 applicable aux colonies. En fait, l'article 10 se prêtait à une interprétation complètement différente (que De Grey, si la vérité pouvait se faire jour, connaissait peut-être déjà et qu'il espérait éviter). Dans

nos commentaires sur l'article 10 dans la Troisième partie de la présente étude, nous avons souligné qu'il eut été préférable pour le législateur de couper court à l'utilisation des mandats de main-forte valides pour un seul cas en exigeant explicitement qu'ils soient de portée générale. Il est possible de relever un autre défaut, et il ne s'agit pas cette fois d'une simple constatation a posteriori. La tendance américaine à considérer le mandat de main-forte comme un type de mandat de perquisition, sujet aux mêmes contraintes que ce dernier, en particulier celles qui découlent du principe de common law selon lequel on ne peut donner une portée générale aux actes juridiques, a sans doute pris de l'ampleur par le fait que l'article 10 donnait l'impression que le mandat lui-même était la source des pouvoirs de perquisition du préposé des douanes. Aux termes de l'article 10, les tribunaux coloniaux devaient délivrer des [TRADUCTION] "mandats de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison".

On voit facilement ce qui a pu se produire. Au cours des cent années ou plus qui ont suivi, la signification archaïque du mot "authorised" dans le Act of Frauds de 1662, soit celle d'une notification d'identité, était tombée en désuétude et avait même été oubliée. En 1767, le législateur a repris ce mot dans un sens qui se rapproche de son sens ordinaire moderne, d'autant plus qu'il associa à ce mot le verbe "habiliter".

Une autre constatation s'impose à l'esprit. Bien que le procureur général De Grey ait été mieux en mesure, en 1768, de donner une opinion d'une valeur inestimable sur le mandat de main-forte et sa nature juridique, ce domaine incontestablement ésotérique du droit était, en 1767, encore fort méconnu.

2. L'INTRODUCTION DU MANDAT DE MAIN-FORTE AU CANADA

Les commissaires des douanes américains firent imprimer et distribuer l'opinion du procureur général De Grey (de même qu'un exposé de l'affaire qui en était à l'origine) à leur personnel dans les différents ports[49] et à tous les procureurs généraux des colonies enjoignant également à ces derniers de [TRADUCTION] "convaincre la Cour supérieure de (leur) province de délivrer des mandats de main-forte". Cette documentation comprenait également un modèle de mandat de main-forte, dont certaines parties

étaient laissées en blanc pour permettre aux instances locales d'insérer, le cas échéant, certains détails; ce modèle avait été rédigé par le conseiller juridique des commissaires à partir de la documentation envoyée par l'Angleterre[50].

En dépit de l'opinion de De Grey, la plupart des colonies qui, plus tard, allaient devenir les États-Unis, étaient toujours dans une impasse[51]. Les commissaires eurent cependant plus de succès au Nord. Dans leur rapport à la Trésorerie qu'ils présentèrent à Westminster le 20 octobre 1772[52], ils soulignèrent que leurs préposés à Québec[53] et à Halifax s'étaient vu remettre [TRADUCTION] "un mandat de main-forte conforme au modèle qui a été fourni". Il semble que les autorités de l'île Saint-Jean n'avaient pas encore adopté le modèle mais certains indices laissent supposer qu'ils s'apprêtaient à le faire[54]. S'il existait une lacune quelque part, c'était fort probablement à Terre-Neuve et ce, pour des raisons qui tiennent davantage à des difficultés réelles sur le plan de la procédure qu'à un refus d'obtempérer aux directives[55].

Le modèle de mandat de main-forte rédigé à l'intention des commissaires des douanes américains en 1768-1769 est joint en annexe (annexe "C"). Comme le modèle britannique (dont l'annexe "A" peut être un exemple), son contenu étonnamment prolixe n'est en fait qu'une directive enjoignant à divers destinataires ([TRADUCTION] "tous... nos préposés, ministres et sujets" pour ainsi les regrouper) de se soumettre au préposé des douanes et de lui prêter main-forte lors de ses perquisitions[56].

Même si ce mandat renfermait une indication de sa source législative, soit l'article 10 du Revenue Act de 1767 (à vrai dire, le Act of Frauds de 1696, qui visait à conférer aux préposés des douanes nord-américains des pouvoirs de perquisition sur la terre ferme comme en Angleterre, et dont l'échec a forcé l'adoption de la loi de 1767), il était à ce point calqué sur le modèle britannique qu'on pouvait dire, à juste titre, que la seule loi pertinente était la loi de 1662, laquelle avait inspiré le modèle britannique. Il ne faisait aucune allusion au malencontreux libellé de l'article 10, dont les mots [TRADUCTION] "visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison", pouvaient tout naturellement être interprétés de façon que les pouvoirs des préposés émanaient du mandat de main-forte ou tout au moins étaient exercés en vertu de son autorité.

Dans la mesure où De Grey, dans son opinion de 1768, voulait notamment réduire l'incidence de l'erreur commise dans la loi de 1767, le conseiller juridique du bureau américain des commissaires des douanes a plutôt bien rédigé son modèle du mandat de main-forte[57].

3. L'ERREUR EN ÉVIDENCE

Cependant, l'article 10 existait bel et bien et il ne fut pas abrogé. Le bureau américain des commissaires des douanes fut dissous en 1784 mais les dispositions relatives aux mandats de main-forte qui avaient été adoptées en même temps que fut créé cet organisme administratif voué à l'insuccès en demeurèrent là, toujours viciées par une erreur de rédaction qui avait fait du mandat de main-forte l'autorité en vertu de laquelle les préposés des douanes exerçaient leur pouvoir de perquisition.

Bien que les commissaires américains aient suivi la recommandation du procureur général De Grey en rédigeant et en fournissant des mandats calqués sur le modèle britannique traditionnel (lequel, essentiellement était un ordre enjoignant à ses destinataires de faciliter la perquisition opérée par le préposé des douanes), il fallait s'attendre que l'article 10 du Revenue Act de 1767 fît tôt ou tard l'objet d'une interprétation textuelle. Voici le texte d'un mandat de main-forte délivré par la Cour suprême du Nouveau-Brunswick au cours de la session de la St Hilaire en 1823:

> [TRADUCTION]
>
> George Quatre, par la Grâce de Dieu, Roi du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, Défenseur de la Foi, etc. À Monsieur Henry Wright, percepteur des douanes dans le port de Sain-Jean en notre province du Nouveau-Brunswick; Monsieur Robert Parker, vérificateur des douanes dans ledit port de Saint-Jean; Monsieur James C. Kelly, inspecteur et perquisiteur dans ledit port; Henry George Clopper, officier de la douane dans le port de Fredericton et ses environs, et à tous les autres préposés de la douane dans lesdits ports -- SALUT:
>
> Par les présentes, vous et chacun de vous êtes autorisés et habilités, en vertu du présent mandat, à solliciter l'aide d'un constable ou de

tout autre officier public résidant près de l'endroit en question; à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit situés dans les limites du port de Fredericton ou dans les environs et, en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant, afin de saisir, puis d'emporter tout bien ou toute marchandise interdits et introduits en contrebande de quelque nature qu'ils soient, et de les placer en sécurité dans nos entrepôts situés dans ledit port de Fredericton. De plus, par les présentes, nous autorisons, enjoignons et ordonnons également à tous les juges de paix, maires, shérifs et huissiers ainsi qu'à tous nos préposés, ministres et sujets quels qu'ils soient, de vous aider et de vous prêter main-forte dans l'exécution des présentes.

Témoin, Monsieur John Sanders, Juge en chef, à Fredericton, ce vingt-deuxième jour de février, en l'an de grâce mil huit cent vingt-trois, quatrième année de Notre règne

Par ordre de la Cour et avec l'autorisation du Juge en chef

[signature]

Ce mandat fait partie des archives du bureau des commissaires des douanes britanniques[58] à qui incombaient désormais les responsabilités des commissaires américains. Il ne semble pas avoir été l'objet de critiques venant de Londres. En effet, on peut supposer que le projet de mandat avait été rédigé à Londres pour être adopté dans toutes les provinces nord-américaines.

Tant parce que l'obligation de prêter main-forte qu'ils énoncent incombe à un important groupe anonyme d'officiers publics et de particuliers, que parce qu'ils contiennent une énumération des modes d'utilisation du mandat, les termes de ce mandat de main-forte du Nouveau-Brunswick qui sont essentiellement les mêmes que ceux du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, illustrent bien l'influence du modèle britannique. Mais ce mandat ne s'adressait pas seulement ni surtout aux "assistants" éventuels. En outre, l'obligation de prêter main-forte n'en

était pas le but principal. En effet, les personnes qui sont saluées et à qui le mandat s'adresse d'abord sont les différentes personnes désignées ainsi que d'autres préposés des douanes. Le mandat leur donne le pouvoir de demander l'aide d'un constable local et de "pénétrer de jour, dans toute maison", comme si le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662 n'avait pas de toute évidence, en employant cette même formule, confié directement ce pouvoir à ces personnes. Le mandat délivré en 1823 par la Cour suprême du Nouveau-Brunswick avait pris une forme hybride assez curieuse compte tenu de son rapport problématique avec la doctrine énoncée par Coke qui est à l'origine des mandats de main-forte: la "ressource secrète du droit", selon laquelle il est permis de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique, selon [TRADUCTION] "la force et l'effet de la loi".

Il ne fait pas de doute que l'erreur n'était pas dans la rédaction du mandat. Même si quelque cinquante années plus tard, on se souvenait encore de l'opinion du procureur général De Grey (en supposant que les commissaires des douanes britanniques étaient au courant de son existence), on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique ait pu continuer à être calqué sur le modèle britannique sans tenir compte des termes de la loi en vertu de laquelle il existait: aux termes mêmes de l'article 10 du Revenue Act de 1767, le pouvoir de perquisition du préposé des douanes émanait de son mandat de main-forte. Il n'est donc pas étonnant qu'au bout d'un certain temps, le libellé du mandat traduisît ce fait. Que le mandat de main-forte, dérogeant à ses origines doctrinales, ait commencé à revêtir la forme d'un mandat de perquisition résultait non pas d'un vice de conception mais d'une erreur de rédaction législative qui datait de 1767. Le mandat du Nouveau-Brunswick était probablement le meilleur résultat qu'on eût pu tirer du patrimoine législatif nord-américain des commissaires britanniques.

4. PERPÉTUATION DE L'ERREUR

Voici un autre texte en usage à mi-chemin de l'évolution du mandat de main-forte au Canada (en fait, ce mandat provient de la province du Canada):

[TRADUCTION]

VICTORIA, par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, Défenseur de la Foi. Au percepteur des douanes et à tous les autres préposés des douanes de la ville de Hamilton sur la baie de Burlington dans le district de Gore, et à tous et chacun des constables et autres agents de la paix dudit district de Gore et à tous ceux qu'il appartient, SALUT:

Vous, notre percepteur de même que tous nos autres préposés des douanes, êtes investis, en vertu du présent mandat, de tous les pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution des présentes; De plus, nous vous ordonnons de solliciter l'aide d'un agent de la paix dans ledit district et d'entrer de jour, dans tout bâtiment ou autre endroit, pour y chercher, saisir et mettre en sûreté tous effets passibles de confiscation en vertu d'une certaine loi du Parlement de notre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande adoptée pendant les troisième et quatrième années du règne de feu Sa Majesté le Roi Guillaume Quatre, feu Roi du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, intitulé An Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad, et en cas de nécessité, vous pouvez, dans ce but, ouvrir par la force toute porte et tout coffre et autre contenant. De plus, nous ordonnons à tous les constables et autres agents de la paix dudit district de vous aider et de vous prêter main-forte dans l'exécution des présentes.

TÉMOIN, l'Honorable JOHN BEVERLY ROBINSON, Juge en chef, à Toronto, ce septième jour d'août, septième année de Notre règne.

Par ordre de la Cour
le 9 août 1843
[signature du Solliciteur général] [signature][59]

Dans cet exemple canadien qui date de 1843, on peut constater que la tendance à faire du mandat de main-forte le fondement du pouvoir de perquisition est encore plus nette que dans l'exemple du Nouveau-Brunswick vingt ans plus tôt.

On ne peut toutefois pas attribuer à cette malheureuse loi de 1767 cette nouvelle dérogation à la doctrine et aux précédents. En effet, les lois du Parlement de Westminster relatives aux douanes du Royaume-Uni et de ses colonies étaient devenues un ramassis inintelligible de rajouts et de modifications et au milieu des années 1820 les textes furent considérablement remaniés. L'article 10 du Revenue Act de 1767 céda la place à l'article 53 du Act to regulate the Trade of the British Possessions Abroad de 1825[60], dont voici le texte:

> [TRADUCTION]
>
> Il est en outre décrété que sous l'autorité d'un mandat de main-forte délivré par une cour supérieure, une cour suprême ou une cour de Vice-Amirauté ayant la compétence territoriale (lesquelles sont, par les présentes, autorisées à délivrer un mandat de main-forte et tenues de le faire lorsque les agents principaux des douanes de Sa Majesté leur en font la demande expressément), tout préposé des douanes peut, accompagné d'un agent de la paix, entrer de jour dans tout bâtiment ou autre endroit, pour y chercher, saisir et mettre en sûreté tous effets passibles de confiscation en vertu de la présente loi, et en cas de nécessité, ouvrir par la force toute porte et tout coffre ou autre contenant; ce mandat de main-forte, après sa délivrance, restera en vigueur pendant toute la durée du règne au cours duquel il aura été délivré et pendant les douze mois qui suivront la fin de ce règne.

Il convient ici de faire certaines précisions d'ordre accessoire. Premièrement, dans les colonies, le principe du common law selon lequel les biens saisis par les préposés des douanes ne pouvaient être confisqués que par l'intervention du processus judiciaire[61] avait été écarté depuis longtemps par des lois qui permettaient que la confiscation relève de l'Amirauté[62]. Avec la loi de 1825, une autre création du common law, soit le mandat de main-forte en matière de douane, pouvait bénéficier du même régime. Deuxièmement, le Act of Frauds de 1662, qui avait rendu possible la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, ne permettait le recours à la force qu'en cas de "résistance" alors que la loi de 1825 réduisait ce critère aux cas moins précis de "nécessité". Troisièmement, le principe

selon lequel le préposé des douanes devait être accompagné d'un agent de la paix et qui constitue la raison d'être du mandat de main-forte était confirmé dans la loi de 1825. Quatrièmement, la loi de 1662 précisait que l'agent de la paix devait être un résident de l'endroit tandis que la loi de 1825 n'en disait rien. Enfin, cinquièmement, en common law, le mandat de main-forte en matière de douane, comme pour un grand nombre de documents officiels délivrés au nom du souverain, n'avait aucune valeur légale au décès de ce dernier, sauf si la loi indiquait le contraire, comme c'est le cas de la dernière phrase de la disposition de la loi de 1825 qui prolongeait la durée du mandat de 12 mois après la fin du règne (il existait cependant une pratique semblable, en usage depuis 1702 en Angleterre et dans les colonies)[63].

D'autre part, il est important de souligner que la loi de 1825 permettait à un préposé des douanes (accompagné d'un agent de la paix) de pénétrer dans les bâtiments et tout autre endroit, "sous l'autorité d'un mandat de main-forte". Précisons que les termes de cette disposition ont été repris textuellement à l'article 61 du Act to Regulate the Trade of the British Possessions Abroad de 1833[64] qui remplaça la loi de 1825 et à laquelle se référait le mandat de main-forte délivré en 1843 dans la province du Canada. C'est ce mandat qui était censé constituer le fondement du pouvoir de perquisition et de saisie des préposés des douanes, bien davantage que le mandat délivré au Nouveau-Brunswick vingt ans plus tôt lorsque l'article 10 du Revenue Act de 1767 était encore la disposition législative pertinente. On pourrait dire que l'article 10 fut remplacé par une disposition dont le libellé était aussi équivoque que son modèle défectueux: [TRADUCTION] "mandats de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison".

5. NOUVEL IMBROGLIO LÉGISLATIF

En 1825, le législateur était beaucoup mieux placé que son prédécesseur en 1767. En effet, ce dernier devait faire face à un problème complexe sur le plan de la présentation, soit celui de rédiger un texte qui, théoriquement, devait supprimer une équivoque mais qui en fait n'était qu'un médiocre assemblage d'une série d'anciennes dispositions législatives et de l'opinion d'un officier de la justice qui avait eu pour effet de rendre ces dispositions inapplicables dans les colonies. Toutes ces reliques vétustes et inadéquates, y compris l'ensemble des dispositions du Act of

Frauds de 1662 et celles du Act of Frauds de 1696 qui étaient pertinentes étaient mises au rancart, de même que le texte de 1767 qui les avait si adroitement rassemblées[65]. Comme il ne restait, à toutes fins utiles, que très peu d'anciennes lois pour l'en empêcher, le législateur était, en 1825, en mesure d'innover.

Voici comment était énoncée, au paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, l'intention du législateur de faire du pouvoir de perquisition du préposé des douanes, un pouvoir résultant de la loi seule (et non un pouvoir qui existe par le truchement du mandat de main-forte): [TRADUCTION] "Et toute personne (...) sera fondée (...) à pénétrer (...) dans toute maison". Cette intention est devenue moins claire à cause de l'interprétation qui a été faite d'une des conditions relatives à l'exercice du pouvoir de perquisition, à savoir que la personne fondée à perquisitionner devait être [TRADUCTION] "autorisée par un mandat de main-forte". On semblait avoir oublié qu'au milieu du dix-septième siècle, le terme "authorized" signifiait notification d'identité. On avait également faussement présumé que le paragraphe 5(2) visait des mandats de main-forte qui, d'une manière ou d'une autre, donnaient aux préposés ce pouvoir de perquisition. La situation était tellement confuse qu'elle a entaché la loi de 1767 portant sur les perquisitions en matière de douane en Amérique du Nord britannique aux termes de laquelle sont délivrés des [TRADUCTION] "mandats de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison". Le législateur en 1825 n'a pas répété cette erreur. Bien au contraire. L'article 53 ne dit aucunement que les mandats de main-forte "habilitent" les préposés des douanes à perquisitionner. Le texte de 1825 libellé ainsi: [TRADUCTION] "Il est en outre décrété que sous l'autorité d'un mandat de main-forte (...) tout préposé des douanes peut (...) entrer (...) dans tout bâtiment" ressemble davantage au texte de 1662 qu'à celui de 1767.

Le texte de 1825 n'était cependant pas tout à fait conforme à celui de 1662. Cela est d'autant plus évident que la disposition législative correspondante qui s'appliquait au Royaume-Uni (où l'abrogation du Act of Frauds de 1662 avait, comme dans les colonies rendu nécessaire l'adoption d'une loi de remplacement touchant les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte) répétait presque textuellement l'ancienne formule: [TRADUCTION] "Et tout préposé des douanes (...) autorisé par un mandat de main-forte (...) sera fondé à pénétrer dans toute maison[66]". Pour quelle

raison le législateur n'a-t-il pas cru bon, en adoptant la loi applicable aux colonies, de reprendre l'ancienne formule "autorisé par un mandat de main-forte" au lieu d'édicter la nouvelle formule "sous l'autorité d'un mandat de main-forte"? Il se peut que le législateur, s'imaginant ou espérant que la nouvelle formule signifiait la même chose que l'ancienne formule, considérait qu'elle offrait la possibilité de prévoir un nouveau type de mandat de main-forte, en particulier de forme hybride comme celui qui avait été délivré au Nouveau-Brunswick et qui enjoignait à la fois aux préposés des douanes de perquisitionner et aux agents de la paix de leur prêter main-forte.

D'après le mandat délivré au Nouveau-Brunswick en 1823, qui est reproduit aux pages 60 et 61, il est tout à fait probable que ces mandats "hybrides" étaient utilisés dans toutes les provinces nord-américaines au moment de l'adoption de la loi de 1825. En effet, on aurait suscité d'énormes inconvénients si l'on avait interprété, la nouvelle loi, comme l'aurait sans doute exigé la logique du texte de 1662, de façon que tous ces mandats dussent être rappelés et remplacés par des mandats de type britannique qui s'adressaient à divers destinataires regroupés dans une seule catégorie de personnes et devant accomplir une seule tâche (les agents de la paix et d'autres personnes, pour "prêter main-forte"). Le législateur aurait également été dans l'embarras si le changement avait été perçu comme un rejet des procédures antérieures. En effet, il ne faut pas oublier qu'il fut un temps où les habitants de l'Amérique du Nord britannique qui n'aimaient pas qu'on vînt perquisitionner dans leurs maisons avaient des idées arrêtées au sujet des mandats de main-forte.

L'approbation, en apparence, par les commissaires des douanes à Londres du mandat de main-forte hybride qui était utilisé dans les colonies explique en partie cette dualité similaire de la loi de 1825, laquelle semble confier un pouvoir de perquisition directement au préposé des douanes tout en laissant l'impression que ce dernier exerce ce pouvoir en vertu de son mandat de main-forte. Grâce à cette formule équivoque, les préposés des douanes pouvaient continuer à perquisitionner "sous l'autorité d'un mandat de main-forte" hybride bien connu tandis que les commissaires, sous l'égide de cette même formule opaque (pour la rédaction de laquelle ils avaient sans doute eu leur mot à dire), attendaient peut-être l'occasion d'introduire dans les colonies des mandats de main-forte de type traditionnel comme en Angleterre.

6. L'HÉRITAGE DE 1825

Dans l'hypothèse où tel fut l'esprit de la loi de 1825, on peut conclure à son échec. Les dangers inhérents à l'adoption rapide de mandats de main-forte qui ne comportaient que l'obligation de prêter main-forte et qui faisaient reposer le pouvoir de perquisition sur la loi seule furent évités. Mais au lieu de faire place à une transition aux mandats de type britannique, le statu quo se cristallise davantage. Le mandat délivré en 1843 dans la province du Canada en est un exemple. Contrairement à celui qui avait été délivré au Nouveau-Brunswick vingt ans plus tôt, ce mandat, lié à la loi de 1833 qui avait remplacé la loi de 1825 et qui reprenait textuellement la disposition relative aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, ressemblait davantage à un mandat de perquisition qu'à un mandat de prêter main-forte.

Entre parenthèses, voilà qui ne laisse point d'être ironique. Faisons abstraction, pour le moment, que les dispositions provinciales relatives aux mandats de main-forte ne font pas l'objet de la présente étude. En 1807, la législature du Nouveau-Brunswick adopta une loi intitulée An Act to prevent illicit and clandestine Trade, and for imposing a Duty upon Articles illegally imported or brought into this Province, to be levied and paid after the condemnation thereof. Voici le texte de l'article 3:

[TRADUCTION]

> Le Trésorier ou ses adjoints sont fondés, à tout moment, à visiter ou arraisonner tout navire qui accoste dans un port de la province pour y chercher, saisir et confisquer tous effets interdits; de plus, s'ils y sont autorisés par un mandat de main-forte portant le sceau de la Cour suprême de Sa Majesté ou de la Cour inférieure des Plaids communs du comté où se trouvent ces effets prohibés, que les officiers desdits tribunaux sont, par les présentes, autorisés et tenus de délivrer à la suite de l'autorisation ou fiat d'un des juges des cours susmentionnées, qui doit être versée au dossier avec la déclaration sous serment sur laquelle elle est fondée, ils sont fondés à prendre avec eux le shérif de Sa Majesté ou son adjoint ou un coroner du comté, et à pénétrer de jour dans tout bâtiment, magasin, entrepôt ou hangar et en cas de résistance, à

> ouvrir par la force les portes et à ouvrir et examiner les barriques, coffres et autres contenants, pour y chercher, saisir et confisquer tous effets interdits qui ont été débarqués de tout navire ou bateau, ou importés de quelque autre manière, contrairement aux dispositions et à l'esprit de toute loi du Parlement[67].

On peut tout de suite faire le rapprochement entre cette disposition adoptée en 1807 au Nouveau-Brunswick et le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, qui est l'archétype britannique des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte. Bien que l'article 10 du Revenue Act de 1767 fût encore la loi impériale en vigueur en ce qui a trait aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique, la province du Nouveau-Brunswick avait choisi de passer outre à cette disposition inadéquate et d'imiter l'ancienne. Dans la mesure où "autorisés par un mandat de main-forte" signifiait "accrédités par un mandat de main-forte" dans la loi de 1662, ces termes pouvaient avoir la même signification dans la loi du Nouveau-Brunswick de sorte que dans ce dernier cas, comme dans le premier, le pouvoir de perquisition résultait effectivement de la loi seule.

Bien entendu, ce qui est ironique, c'est qu'eu égard à la conformité aux sources, il eût été préférable que la législation ultérieure sur les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord suivît l'exemple du Nouveau-Brunswick.

7. LE MOULE CANADIEN

Voici comment était énoncée, dans la première Loi sur les douanes[68] adoptée en 1867 par le Parlement du Canada, la disposition relative aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte (article 92):

> [TRADUCTION]
>
> En vertu d'un ordre pour requérir main-forte accordé avant ou après la mise en vigueur du présent acte (et tous lesdits ordres pour requérir main-forte accordés ci-devant demeureront en vigueur pour les objets du présent acte,) par un juge de la cour du banc de la Reine ou des plaids communs, dans la province d'Ontario, ou de la

> cour supérieure, ou de vice-amirauté, dans la province de Québec, ou de la cour suprême dans la Nouvelle-Écosse ou de la cour du banc de la Reine dans le Nouveau-Brunswick, ayant juridiction sur le lieu (lequel accordera ledit ordre pour prêter main-forte sur demande à lui faite pour cet objet par le percepteur ou principal officier des douanes du port ou lieu, ou par le procureur-général (sic) de Sa Majesté pour le Canada)--tout officier des douanes, ou toute personne employée pour cet objet, avec l'assentiment du gouverneur en conseil, exprimé soit par un ordre spécial ou par un règlement général, en prenant avec lui un officier de paix, pourra pénétrer de jour ou de nuit dans tout édifice ou autre lieu situé dans la juridiction de la cour qui accorde ledit ordre, et rechercher et saisir et mettre en sûreté tous effets sujets à confiscation en vertu du présent acte; et en cas de nécessité, pourra enfoncer les portes, coffres et autres contenants pour cet objet; et ledit ordre pour requérir main-forte, une fois accordé, sera considéré comme étant en vigueur pendant toute la durée du règne pendant lequel il aura été accordé, et pendant douze mois après la fin de ce règne.

Comme les mandats de main-forte étaient depuis fort longtemps énoncés en termes qui pouvaient laisser présumer que le pouvoir de perquisition du préposé émanait du mandat lui-même, on peut difficilement imaginer que cette loi de 1867 eût pu être rédigée dans un autre esprit[69].

Selon toute apparence, le nouveau régime canadien en matière de perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte avait sanctionné une pratique (que le législateur vers la fin du régime colonial n'avait fait qu'encourager) qui, sous ce rapport fondamental, perpétuait l'erreur de l'article 10 du Revenue Act de 1767 plutôt que de respecter les dispositions originelles du paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662.

8. UN SOUPÇON D'ATAVISME?

Il en est de même à notre époque. Prenons le cas de l'article 139 de la présente Loi sur les douanes, dont voici le texte:

> Sous l'autorité d'un mandat de main-forte, tout préposé ou toute personne employée à cette fin, du consentement du gouverneur en conseil exprimé soit par un décret spécial ou par une nomination spéciale, soit par un règlement général, peut, à tout moment, de jour ou de nuit, pénétrer dans tout bâtiment ou autre lieu situé dans le ressort de la cour par laquelle est émis ce mandat, et rechercher, saisir et mettre en sûreté tous effets qu'il a raisonnablement lieu de croire sujets à confiscation, en vertu de la présente loi, et, en cas de nécessité, il peut, dans ce but, enfoncer les portes et briser les coffres et autres colis.

L'article 145 prévoit la délivrance et la durée du mandat de main-forte:

> Un juge de la Cour de l'Échiquier du Canada peut émettre un mandat de main-forte à un préposé sur demande du procureur général du Canada, et pareil mandat reste en vigueur tant que la personne qui y est nommée demeure un préposé, que ce soit en la même qualité ou non.

(La Cour de l'Échiquier du Canada est devenue la Cour fédérale du Canada.)

Les articles 139 et 145 de la Loi sur les douanes, de même que les dispositions analogues de la Loi sur l'accise, de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues, ont fait l'objet d'une interprétation remarquable qui semble écarter la thèse selon laquelle le pouvoir de perquisition résulte du mandat de main-forte lui-même (tout comme il peut résulter d'un mandat de perquisition) ou est conféré par son truchement. Voici ce qu'a déclaré le juge Jackett, en 1965, dans l'affaire In re Writs of Assistance, probablement l'arrêt qui fait jurisprudence en matière de mandats de main-forte:

> [TRADUCTION]
>
> Lorsque le détenteur d'un mandat de main-forte exerce les pouvoirs qui lui sont confiés en vertu de ce mandat, il exerce en fait les pouvoirs que lui confère la loi conformément à l'autorisation du procureur général du Canada ou du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, selon le cas; il n'exécute pas un ordre ou un jugement

de la Cour de l'Échiquier du Canada ou d'un juge de cette cour. Le Parlement, dans sa très grande sagesse, a voulu que le pouvoir qui est accordé à ce préposé soit attesté par un mandat délivré par la Cour de l'Échiquier du Canada. La présente cour doit se conformer à cette ordonnance législative[70].

Selon cette interprétation, les dispositions de la Loi sur les douanes relatives aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, de même que les dispositions analogues de la Loi sur l'accise, de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues, ont une signification toute nouvelle. En effet, le préposé se voit accorder un pouvoir de perquisition non pas par le mandat ou par le truchement de celui-ci, ni surtout par la Cour ou le juge, à qui le Parlement n'a laissé aucun choix quant à la délivrance du mandat, mais directement par la loi, presque comme dans l'ancien temps en Angleterre lorsque la Loi de 1662 était en vigueur.

9. CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU MANDAT DE MAIN-FORTE CANADIEN

Voici le texte d'un mandat de main-forte modelé d'après les principes énoncés dans l'arrêt In re Writs of Assistance:

Division de première instance de la
Cour fédérale du Canada

Elizabeth Deux, par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi.
Au
membre de la Gendarmerie royale du Canada,

SALUT:
Vous êtes autorisé par les présentes, en vertu de l'article 145 de la LOI SUR LES DOUANES, d'entrer en n'importe quel temps de jour ou de nuit, dans tout bâtiment ou autre lieu, qui relève de la juridiction de cette Cour, pour y chercher, saisir et mettre en sûreté tous effets que vous avez des motifs raisonnables de supposer pas-

sibles de confiscation en vertu de la LOI SUR LES DOUANES, et en cas de nécessité, vous pouvez, dans ce but, enfoncer les portes et briser les coffres et autres colis.

Témoin, un Juge de la Cour fédérale du Canada, à Ottawa, ce jour de en l'an de grâce mil neuf cent année de Notre règne.

[signature]
Registry Officer
Fonctionnaire du greffe

C'est la référence qui est faite à l'article 145 de la Loi sur les douanes qui nous permet de conclure que le pouvoir de perquisition du détenteur du mandat n'émane pas de celui-ci (cet article porte en effet sur la délivrance du mandat et c'est l'article 139 qui accorde le pouvoir de perquisition). Les mandats qui accordent pareil pouvoir en vertu de la Loi sur l'accise, de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues sont rédigés en termes semblables. Tous ces mandats sont basés sur les modèles proposés par le juge Jackett dans l'arrêt In re Writs of Assistance. Il faut donc les considérer comme de simples documents attestant que leurs détenteurs sont des personnes dûment autorisées et habilitées à exercer un pouvoir qui ne leur est confié que par une loi. Le mandat de main-forte britannique dont il était question dans le Act of Frauds de 1662 n'avait pas tout à fait la même portée. D'une part, ce mandat était plus qu'une simple attestation (en théorie, tout au moins, il avertissait l'agent de la paix, qui accompagnait toujours le détenteur du mandat, de son obligation légale de prêter main-forte). D'autre part, comme l'a souligné le juge Jackett, la Cour de l'Échiquier, sous le sceau de laquelle le mandat devait être délivré, pouvait désavouer l'autorisation d'exercer ce pouvoir.

10. LA DÉCOUVERTE D'UNE RESSOURCE SECRÈTE?

Il existe un autre aspect sous lequel la décision du juge Jackett a eu pour effet de remodeler le mandat de main-forte canadien sur les anciennes dispositions. Voulant, semble-t-il, mettre la Cour en garde contre ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] "pouvoirs extraordinairement vastes" associés au mandat de main-forte, le savant juge a déclaré:

[TRADUCTION]

> Il faut prendre soin de vérifier si les mandats ne contiennent pas une disposition que le Parlement n'a pas prévue ou une disposition qui a pour effet de suggérer au lecteur que la nature du mandat ne correspond pas aux dispositions de la loi[71].

Par ailleurs, nous avons déjà mentionné la doctrine de la "ressource secrète du droit" énoncée par Coke dans son ouvrage intitulé Third Institute, en particulier vers la fin:

[TRADUCTION]

> Il est permis de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, selon la force et l'effet de la loi.

L'insistance du juge Jackett sur la parfaite correspondance des différents mandats de main-forte avec les dispositions de leurs lois constitutives répond bien à cette "ressource secrète du droit", qui constitue le fondement doctrinal du précurseur britannique des mandats de main-forte canadiens.

11. L'OBLIGATION DE PRÊTER MAIN-FORTE?

Une note décevante pour les fervents de l'histoire: il existe un rapport sous lequel les mandats de main-forte utilisés actuellement au Canada ne sont visiblement pas fidèles à leurs origines. La tendance qu'illustrait le mandat qui avait été délivré en 1843 dans la province du Canada, c'est-à-dire de reléguer de plus en plus au second plan l'obligation imposée aux agents de la paix de prêter main-forte lors d'une perquisition par rapport à l'ordre donné au préposé des douanes de perquisitionner s'est confirmée à tel point qu'aujourd'hui l'obligation de prêter main-forte est complètement passée sous silence.

Cette dérogation ultime est évidente dans le mandat de main-forte actuel cité aux pages 72 et 73: il ne comporte aucune mention de l'obligation de prêter main-forte ou d'accompagner l'officier chargé de faire la perquisition. Le libellé des mandats de main-forte en vertu de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues n'est guère différent:

> Vous êtes autorisé et habilité par les présentes (...) aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque (...)

De même que celui du mandat délivré en vertu de la Loi sur l'accise:

> Vous êtes autorisé par les présentes (...) d'entrer de nuit, si vous êtes accompagné d'un agent de la paix, et de jour sans être ainsi accompagné, dans tout bâtiment ou autre lieu (...)

En permettant l'aide et l'assistance ou même en la mentionnant expressément comme le cas de la perquisition de nuit en vertu de la Loi sur l'accise, on n'impose pas nécessairement l'obligation de prêter main-forte. Pourtant, c'est précisément cette obligation qu'énonçait à l'origine le mandat de main-forte.

12. LA LÉGISLATION UNE FOIS DE PLUS ERRATIQUE

Reste à savoir si de nos jours, ces mandats de main-forte canadiens, qu'on serait tenté de qualifier de "soi-disant mandats de main-forte", vu l'absence d'obligation de prêter main-forte, auraient pu être conformes à l'ancien modèle. C'est l'obligation générale de prêter main-forte aux préposés des douanes, prévue à l'article 32 du Act of Frauds de 1662 qui constitue la raison d'être (conformément à la doctrine de la "ressource secrète du droit" énoncée par Coke) du mandat de main-forte délivré en vertu du paragraphe 5(2) de cette loi. Les dispositions législatives canadiennes actuelles en matière de perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte comportent-elles une obligation analogue pouvant justifier la délivrance d'un mandat de l'ancien type?

Sur ce point, la Loi sur les stupéfiants et la Loi des aliments et drogues sont muettes. Par ailleurs, l'article 140 de la Loi sur les douanes dispose:

> En opérant la saisie des effets, navires, véhicules ou autres biens sujets à confiscation en vertu de la présente loi, un préposé ou une personne peut demander, au nom de la Reine, l'aide et l'assistance légales nécessaires à la conservation et à la protection de ces effets, navires, véhicules ou biens saisis.

Bien que cette disposition puisse peut-être être interprétée comme une obligation générale de prêter main-forte pour la protection de biens déjà saisis, elle ne constitue certes pas une obligation générale de prêter main-forte lors des saisies.

La Loi sur l'accise est plus claire. Voici le texte de l'article 77:

> Tous les juges de paix, maires, huissiers, constables et toutes personnes qui servent sous Sa Majesté en vertu d'une commission, d'un mandat ou autrement, et toutes autres personnes doivent aider et sont par les présentes tenus respectivement d'aider et d'assister tout préposé dans l'exécution régulière de tout acte ou de toute chose autorisée, requise ou prescrite par la présente loi ou par toute autre loi.

Il ne fait pas de doute que dans le mandat de main-forte délivré en vertu de la Loi sur l'accise on peut, en cas de nécessité, requérir l'assistance d'un agent de la paix (et non simplement y faire allusion)[72].

C'est une disposition de la première loi du Parlement du Canada portant sur l'accise, l'Acte concernant le Revenu de l'Intérieur[73] de 1867, qui a précédé l'article 77 actuel de la Loi sur l'accise. Comme c'est le cas dans notre législation actuelle, il n'existait pas, dans l'Acte concernant les Douanes de 1867, une obligation légale analogue de prêter main-forte. Pourtant, ces deux lois de 1867 renfermaient des dipositions relatives aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, rédigées essentiellement dans les mêmes termes, comme c'est le cas à l'heure actuelle. L'article 125 de l'Acte concernant le Revenu de l'Intérieur qui prévoyait la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte était suivi de l'article 126 qui énonçait l'obligation générale de prêter main-forte; les articles 76 et 77 de la Loi sur l'accise actuelle suivent à peu près le même schème. Il est toutefois permis de douter que ce rapprochement des deux dispositions signifie qu'il existe un lien entre les deux. Si l'intention du législateur avait été d'appuyer le mandat de main-forte délivré en vertu de la législation sur l'accise sur une obligation légale de prêter main-forte, pourquoi ne l'a-t-il pas fait en matière de douane?

13. LA SOURCE DU PROBLÈME

On peut dire que si les mandats de main-forte aujourd'hui ne comportent pas d'obligation de prêter main-forte c'est que dans la législation on a depuis longtemps cessé d'affirmer que les mandats impliquaient une telle obligation[74].

En Amérique du Nord britannique, cependant, tout semble indiquer que le fossé qui sépare la perquisition en vertu du mandat de main-forte de ses origines doctrinales a été creusé bien avant les lois de 1867. On ne peut, cette fois-ci, jeter le blâme sur l'article 10 du Revenue Act de 1767. Lorsque l'article 10 était encore en vigueur, le mandat de main-forte était, par le truchement du Act of Frauds de 1696, basé sur la même disposition générale relative à l'obligation de prêter main-forte que celle sur laquelle il avait toujours été basé en Angleterre, soit l'article 32 du Act of Frauds de 1662. La refonte en 1825 des lois impériales en matière de douane a entraîné l'abrogation de la loi de 1662 mais l'article 32 n'a jamais été remplacé.

Comme les perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte ont continué à s'opérer pendant quelque quarante années malgré l'absence de toute obligation légale de prêter main-forte, il semble que le législateur en 1867 n'ait pas cru bon de modifier cette pratique en matière de douane (par ailleurs, en ce qui a trait à la législation sur l'accise, qui comportait cette obligation légale, il semble que le législateur n'avait pas le moindre soupçon de l'importance d'une telle disposition par rapport au mandat de main-forte). Il semble donc que les choses en soient tout simplement restées là.

Il ne fait pas de doute qu'un mandat de main-forte comportant une obligation de prêter main-forte qui n'est sanctionnée par aucune disposition législative serait une aberration. C'est pourquoi il valait mieux omettre cette obligation dans les mandats de main-forte canadiens. Mais avec cette solution, il est devenu impossible d'identifier la nature véritable de ces mandats.

PARTIE V

LES SOURCES DE L'IMBROGLIO

1. FAITS HISTORIQUES DIVERS

Diverses préoccupations du common law ont influé sur les premières lois britanniques en matière de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte: la crainte que des visites nocturnes, en particulier dans les foyers, n'engendre la violence; le fait que l'on préfère confier les pouvoirs de perquisition à des officiers publics au visage familier; une répugnance à l'égard du droit de s'introduire dans un endroit en utilisant la force; etc. Il reste dans les lois canadiennes actuelles encore quelques vestiges de ces anciens principes du common law. Par exemple, on en trouve dans les dispositions spéciales relatives aux perquisitions effectuées de nuit; en outre, on estime encore qu'il est préférable que l'utilisation de la force fasse l'objet d'une autorisation précise.

Cependant, le bagage historique est devenu, avec le temps, un fouillis d'idées. La "nécessité" a remplacé la "résistance" comme justification du recours à la force (un changement qui date du régime colonial[75]: le souci de la précision dans la définition s'était, semble-t-il, affaibli.) Dans l'ancien droit, le simple fait de s'introduire dans un endroit devait être justifié par la présence d'un objet légalement saisissable[76]. Aujourd'hui, les lois prévoient un adoucissement à cette règle: "des motifs raisonnables de croire" qu'un objet passible de confiscation se trouve sur les lieux, constituent une justification suffisante. (Ce critère plus souple ne serait-il pas un véritable traquenard si l'on devait juger que les motifs raisonnables ne doivent pas être appréciés après coup mais vérifiés avant la perquisition?) Bien entendu, certains critères qui ont été mis de côté sont moins dignes d'attention. Que la loi n'indique plus à quel endroit les effets confisqués doivent être mis en sûreté n'a vraiment plus d'importance. Par contre, qu'il ne soit plus fait mention de l'agent de la paix accompagnateur, dont la présence lors de la perquisition était l'une des principales raisons d'être du mandat de main-forte, est, le moins qu'on puisse dire, un paradoxe. (Le fait qu'il y ait de fortes chances que l'officier chargé de la perquisition soit un membre de la Gendarmerie royale du Canada, donc lui-même un agent de la paix, ne vient pas tellement corriger cet illogisme.)

Des rajouts de même que certaines suppressions ont également entraîné la disparition de la parfaite cohésion qui autrefois caractérisait les textes législatifs. Certains changements n'ont eu que très peu d'incidence. La disposition selon laquelle le mandat de main-forte "restera en vigueur tant que la personne à qui il est adressé demeurera un préposé" ne fait que régler la question de l'expiration du mandat à la fin du règne du souverain au nom de qui il a été délivré (solution préconisée en common law[77]). En outre, si l'intention du législateur avait été d'empêcher la délivrance de mandats valables pour une seule perquisition (une pratique hérétique très répandue dans les colonies dissidentes au début des années 1770), c'est une précision qui est superflue, étant donné la disposition plus ou moins uniforme qui régit la perquisition elle-même. On peut toutefois constater que la pratique, inexistante en Angleterre mais qui en Amérique du Nord britannique remonte à plus de deux cents ans, consistant à délivrer le mandat de main-forte à une personne désignée, est une question de toute première importance tout comme la question de la délégation à un autre préposé (l'article 79 de la Loi sur l'accise en est un exemple). Dans la mesure où la désignation du détenteur du mandat de main-forte est un élément constitutif de l'attribution du pouvoir de perquisition lié au mandat[78], la question de la délégation peut susciter certaines objections de principe, mais aucune ayant un caractère fondamental.

Les modifications législatives n'ont cependant pas toutes été sans créer de difficultés sur le plan pratique. Prenons le cas de la procédure de délivrance des mandats de main-forte. Le fait que le procureur général du Canada doit forcément se porter requérant semble être une exagération[79]. S'il existe une raison valable pour laquelle le plus haut fonctionnaire de la justice au Canada soit obligé d'accomplir une tâche administrative qui correspond davantage à la fonction d'un commis, elle ne nous paraît pas évidente de prime abord. C'est dans l'histoire qu'il faut chercher une explication. Vers la fin des années 1760 et au début des années 1770, les commissaires des douanes américains de Boston, constatant le grand nombre de rejets des demandes des préposés des douanes pour la délivrance de mandats de main-forte, décidèrent de confier à leurs procureurs généraux respectifs la mission de convaincre les tribunaux coloniaux et provinciaux de délivrer des mandats de main-forte en vertu de l'article 10 du Revenue Act de 1767. Même si au Nord, les tribunaux se montraient déjà beaucoup plus complaisants à l'égard de la délivrance de

mandats de main-forte, les directives des commissaires visaient également les procureurs généraux des provinces qui allaient former le Canada. On peut donc se demander si les lois actuelles qui prévoient qu'une demande pour la délivrance d'un mandat de main-forte doit être faite par le procureur général du Canada ne sont pas le résultat d'une mesure extraordinaire rendue nécessaire par des événements survenus il y a plus de deux cents ans à l'extérieur du Canada.

La disposition selon laquelle seul un juge de la Cour fédérale peut se prononcer sur une demande relative à la délivrance d'un mandat de main-forte est encore plus étrange. Ce qui en Angleterre n'est à toutes fins utiles qu'une procédure administrative exécutée dans le bureau du Registraire de la Reine, au Canada fait partie du champ de compétence de l'ordre judiciaire ce qui, il faut bien le souligner, ne manque pas de laisser perplexes les membres de la magistrature. Aux termes de ces lois, le juge est dépouillé de toute fonction délibératoire. Sur ce point, voici ce que déclarait le juge Jackett dans l'affaire In re Writs of Assistance:

> [TRADUCTION]
>
> Pour ce qui est du fait que le mandat de main-forte autorise la personne qui y est nommée à exercer de vastes pouvoirs de perquisition tout au long de sa carrière à n'importe quel endroit, il me semble difficile sinon impossible de concevoir qu'il puisse exister un fondement à l'exercice par l'ordre judiciaire d'un pouvoir discrétionnaire. Quel avantage pourrions-nous trouver à décider si, au moment de la délivrance du mandat, le préposé a les qualités nécessaires pour se voir confier tant de pouvoirs extraordinaires puisqu'aux termes de la loi en question, il conserve ces pouvoirs pour une période pouvant durer de vingt à trente ans? De même, la Cour n'est pas en mesure de décider si les circonstances précises justifiant l'utilisation des pouvoirs de perquisition se prêtent à l'exercice de pouvoirs si vastes[80].

Dans un arrêt rendu dix ans plus tard, l'affaire Re Writs of Assistance[81], le juge Collier, citant abondamment le juge Jackett, affirma que le tribunal se pliait à contre-coeur aux préceptes de la loi sans mot dire ni droit de

regard sur la question de la délivrance de ces mandats qui sont ensuite remis à des personnes qui, dans certains cas, pourraient abuser gravement des pouvoirs illimités qui leur sont accordés pour s'introduire chez les gens[82]....

Il ajouta quant à lui:

> [TRADUCTION]
>
> J'étais (...) scandalisé et incrédule à l'égard du fait qu'on puisse demander au tribunal ou exiger de lui qu'il autorise un préposé du gouvernement qu'il ne connaît pas à exercer, sur la foi de renseignements aussi peu sûrs et incomplets, des pouvoirs illimités[83].

L'inquiétude des juges semblait s'accentuer.

D'après le raisonnement subtil du juge Jackett, le juge qui autorise la délivrance d'un mandat de main-forte n'est aucunement responsable du pouvoir qu'il comporte, lequel est directement confié au préposé par la loi. Quoi qu'il en soit, le fait que la loi ait attribué au juge un rôle si ingrat et si intrinsèquement incompatible avec sa fonction ne pourrait se justifier que par l'intention du législateur de donner à un détestable pouvoir permettant de porter atteinte à la vie privée un air respectable grâce à l'endossement des mandats par la magistrature. Mais, encore une fois, il serait peu prudent de ne pas tenir compte des facteurs historiques.

En effet, l'article 10 du Revenue Act de 1767, qui déjà est à l'origine d'un grand nombre de problèmes en ce qui a trait aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique, pourrait fort bien avoir été en partie responsable de cet état de choses. On se rappellera que l'article 10 fut adopté en raison de l'exigence prévue au texte fondamental sur la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, soit le paragraphe 5(2) du Act of Frauds de 1662, qui précisait que le mandat devrait porter "le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté". Or la juridiction de la Cour de l'Échiquier ne s'étendait pas aux colonies. Le texte de 1767 devait remédier à cette incompétence territoriale en disposant que la délivrance de mandats de main-forte "peut être autorisée par la Cour supérieure ou par la Cour suprême ayant juridiction" sur le territoire colonial en question. Il eut été préférable de suivre les dispositions de la loi de 1662 de

plus près et de parler de délivrance de mandat portant le sceau du tribunal colonial. En effet, puisqu'il était désormais question d'"autorisation" et de "juridiction", la procédure relative aux demandes de délivrance de mandats de main-forte donnait l'impression qu'il s'agissait davantage d'une procédure devant les juges que d'une simple formalité exécutée par un greffier du tribunal. La phraséologie de la loi de 1767 fut cependant reprise dans les lois subséquentes, ce qui a probablement eu pour effet d'accentuer cette impression que la délivrance d'un mandat de main-forte relevait davantage des fonctions des juges que de celles des protonotaires. Vu ces faits, on peut supposer comment il se fait qu'aujourd'hui, c'est le juge qui autorise la délivrance du mandat de main-forte. Avec le temps, et certainement en 1867 lorsque le Parlement du Canada adopta sa première législation concernant la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, l'importance de la procédure de délivrance des mandats ne justifiait manifestement plus que la requête fût présentée, ne serait-ce que nominalement, devant le tribunal en séance plénière. Par conséquent, ce rôle fut dévolu au juge siégeant seul. Toutefois, dans la mesure où un principe puisse procéder d'une erreur, le principe restait le même.

2. SABOTAGE?

La législation relative aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte a été entachée de nombreuses imperfections presque depuis le début.

Le premier texte législatif, soit celui de 1662, qui ne s'appliquait qu'aux biens "interdits et introduits en contrebande" s'est avéré trop rigide et trop étroit. Il fallut donc compléter ce texte en réintroduisant une procédure de délivrance de mandats de perquisition spécifiques qui était tombée dans l'oubli[84]. En 1696, le fouillis dans lequel se trouvaient le droit et la pratique en matière de douane en Angleterre gagna la nouvelle législation en matière de douane en Amérique du Nord de sorte que la perquisition dans les bâtiments dans les colonies s'effectuait en vertu d'un texte législatif incompréhensible voire même indéchiffrable. Lorsque enfin l'occasion d'établir des mesures correctives se présenta, le législateur introduisit l'extraordinaire article 10 du Revenue Act de 1767. En faisant l'examen rétrospectif de l'évolution du droit entre cette époque et celle d'aujourd'hui, en passant par les différentes modifications législatives (notamment la loi de

1825), on constate que toutes les chances de rattacher le régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique à un fondement juridique historiquement authentique furent compromises, au point de disparaître, à cause de la loi de 1767.

Il faut souligner que dans l'année qui suivit l'adoption de cette malheureuse loi de 1767, le procureur général britannique, William De Grey, émit l'opinion qui encore aujourd'hui fait pour ainsi dire autorité en matière de perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte de type traditionnel. (Citée au complet à l'annexe B, cette opinion a été à maintes reprises utilisée au cours de la présente étude.) Cette opinion était la réponse de Londres à la réticence qu'avaient manifestée la plupart des tribunaux coloniaux à l'égard de la délivrance de mandats de main-forte de portée générale que les autorités des douanes croyaient obligatoires en vertu de la loi de 1767. On ne peut s'empêcher de se demander si l'indulgence que reflètent certains commentaires du procureur général De Grey tels que [TRADUCTION] "plusieurs juges n'étaient probablement pas familiers avec cette procédure"; "il semble qu'ils n'aient pas eu la chance de se renseigner à son sujet"; "il est tout à fait normal qu'ils aient voulu prendre le temps d'y réfléchir", etc. ne traduisait pas une certaine compréhension, fondée sur l'expérience vécue à Londres, à l'égard de la facilité avec laquelle une erreur pouvait être commise. En effet, en soulignant que [TRADUCTION] "le pouvoir du préposé des douanes lui est conféré par une loi du Parlement et non par ce mandat", De Grey faisait sans doute allusion, et non sans une certaine gêne, à la disposition de la nouvelle loi qui prévoyait explicitement la délivrance de [TRADUCTION] "mandats de main-forte visant à autoriser et à habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison". En outre, sa recommandation de distribuer [TRADUCTION] "un exemplaire du mandat délivré en Angleterre par la Cour de l'Échiquier dans toutes les colonies d'Amérique, de même que la procédure régissant la demande de mandat et la délivrance du mandat" reflétait son intention de ne pas tenir compte de cette disposition de la loi. Par ailleurs, sa recommandation selon laquelle la procédure de délivrance des mandats (par le Registraire du Roi) devrait être expliquée aux tribunaux coloniaux afin de les mettre en garde contre la délivrance de mandats qui ne sont valables que pour une seule occasion sur la foi d'une déclaration assermentée et donc accordés après délibération du tribunal. L'effet d'une telle recommandation est d'écarter la présomption selon laquelle les termes "la délivrance de

mandats peut être autorisée" et "cour ayant juridiction" signifient compétence des juges plutôt que compétence du greffier.

Ainsi donc, si le rédacteur de l'article 10 du Revenue Act de 1767 avait pu prendre connaissance des commentaires émis par le procureur général De Grey à l'été de 1768, le résultat n'aurait pu qu'être meilleur. Le résultat aurait également été bon si, comme les tribunaux coloniaux, le rédacteur législatif avait eu devant lui un exemplaire du mandat de main-forte en matière de douane et s'était donné la peine de le lire. En tout état de cause, il se serait sans doute rendu compte que cette énorme et turgide absurdité n'était en fait qu'une directive à ses différents destinataires visant à faciliter le travail de perquisition du préposé des douanes. En d'autres termes, il n'aurait pas commis l'erreur d'écrire que le mandat "autorise et habilite" le préposé à faire une perquisition. Il y a également la question du caractère judiciaire qui semblait indûment avoir été donné par l'article 10 à la procédure de délivrance du mandat de main-forte. Il est possible que le rédacteur législatif ait confondu le mandat de main-forte en matière de douane avec les autres types de mandats de main-forte plus connus dont la procédure de délivrance relève du pouvoir judiciaire[85]. Peut-être pensait-il au type de mandat ordonnant au shérif d'aider une partie à prendre possession d'un terrain, lequel était souvent délivré par la Cour de l'Échiquier (en vertu de l'equity toutefois, car le mandat de main-forte en matière de douane l'était évidemment en vertu du common law).

Bien que tout cela ressortisse à la spéculation, il n'en demeure pas moins que les responsables de l'article 10 du Revenue Act de 1767, malgré toute l'habileté dont ils ont pu faire preuve au niveau de la présentation, ont attaché peu d'importance au fond. Faisant preuve de peu de subtilité, ils sont allés de l'avant sans trop savoir ce qu'était un mandat de main-forte en matière de douane.

3. PAUVRETÉ DES RESSOURCES

Si l'on doit s'en remettre aux documents accessibles en matière de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, c'est le brouillard et l'obscurité, même jusqu'à une époque assez récente[86]. Un échantillon (quelque peu douteux) du mandat, rédigé dans un latin quelconque et qui date probablement des années 1680, figurait dans un recueil

de règles de pratique de la Cour de l'Échiquier dont la dernière publication remonte à 1725[87]. La perquisition en vertu d'un mandat de main-forte a fait l'objet de commentaires au Canada et, ne serait-ce qu'en raison du débat historique qu'elle a suscité au cours d'un procès à Boston en 1761 (n'a-t-on pas dit à ce sujet: "Voilà où apparurent les premières lueurs de l'Indépendance"), elle est souvent mentionnée dans les récits sur la révolution américaine. Mais en Angleterre, où tout cela a commencé et où l'on suit à peu près les mêmes règles de procédure qu'autrefois, les auteurs n'ont consacré à cette question qu'un petit renvoi en bas de page[88].

La jurisprudence britannique pouvant nous éclairer sur le mandat de main-forte et sa nature juridique est pour ainsi dire inexistante. Les quelques arrêts qui en font mention traitent du sujet de façon incidente ou aux fins de comparer d'autres aspects. L'arrêt le plus ancien, rendu en 1733 dans l'affaire Horne v. Boosey[89] concernait une saisie qui avait été effectuée par une personne qui n'était pas munie d'un mandat de main-forte alors qu'elle aurait dû l'être. L'arrêt le plus récent, rendu en 1830, aurait peut-être pu faire jurisprudence s'il n'avait pas embrouillé la situation. Entre ces deux arrêts, il n'y a qu'un mince échantillonnage d'affaires marginales. Parmi celles-ci, mentionnons le malencontreux jugement rendu en 1765 par le lord juge en chef Mansfield dans l'affaire Leach v. Money[90], une cause parmi la série de litiges relatifs aux mandats de portée générale nés à la suite des attaques de Wilkes. Voici ce qu'a affirmé le lord juge: [TRADUCTION] "il existe plusieurs cas où des lois spéciales du Parlement autorisent des saisies en vertu de mandats de portée générale; c'est le cas du mandat de main-forte". On peut se demander si, eu égard à son auteur, cette ancienne et importante conclusion confondant le mandat de main-forte et le mandat de perquisition, n'a pas contribué à l'erreur analogue commise à propos de l'article 10 du Revenue Act de 1767. En effet, vingt ans plus tard, rendant jugement dans l'affaire Cooper v. Boot[91], le lord juge Mansfield admettait que sa connaissance du sujet n'était pas suffisamment approfondie. Comme on avait soulevé la question de la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte, il mit l'affaire en délibéré afin de permettre aux avocats de l'éclairer davantage. Cela ne semble pas avoir donné grand résultat mais le lord juge s'était amélioré sur un point depuis 1765: [TRADUCTION] "Le mandat de main-forte, déclarait-il, n'est pas véritablement un mandat". Cependant, aujourd'hui encore, on confond le mandat de main-forte et le mandat de perquisition.

Paradoxalement, ce sont ces affaires marginales qui nous fournissent le peu de jurisprudence britannique que nous possédions sur la question de la perquisition en vertu d'un mandat de main-forte. Dans l'affaire Cooper v. Boot, un des avocats avait cité un arrêt non publié rendu vers le milieu des années 1760 par le lord juge en chef Camden dans l'affaire Shipley v. Redmain, une affaire concernant [TRADUCTION] "un mandat de main-forte, à une époque où le droit considérait qu'une personne agissant en vertu d'un mandat qui revenait bredouille n'était pas en droit d'agir". De même, le juge en chef De Grey qui, à titre de procureur général, s'était occupé du mandat de main-forte en Amérique du Nord britannique, déclarait en 1773 dans l'affaire Bostock v. Saunders[92] (un arrêt infirmé par l'arrêt Cooper v. Boot mais sous un autre aspect) que [TRADUCTION] le perquisiteur muni d'un mandat de main-forte "ne pouvait faire valoir contre une action pour trouble de jouissance que le résultat positif de la perquisition". Les contraintes imposées au perquisiteur furent développées dans les papiers domestiques de De Grey[93] où ce dernier commente le résumé de l'affaire Oldfield v. Licet (1775)[94] en attribuant au juge Gould le passage suivant: [TRADUCTION] "le préposé des douanes, en exerçant son droit de perquisition de façon trop large ou abusive, se rendait passible d'intrusion en droit (plutôt qu'en fait, selon toute vraisemblance)". Dans l'affaire Hill v. Barnes (1777)[95], le juge Gould, dans une remarque, semble avoir fait allusion à un autre danger des perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte, soit l'exigence contenue dans le Act of Frauds de 1662 selon laquelle l'agent de la paix accompagnateur doit être "résidant près de l'endroit" en cause. [TRADUCTION] "J'ai déjà, écrit le juge Gould, entendu une affaire à Poole où il était question d'un préposé des douanes qui, ayant pratiqué une saisie de tissus passés en contrebande, s'était vu condamner à payer une somme élevée à titre de dommages-intérêts parce qu'il avait été aidé d'un policier non pas de la ville de Poole mais du comté de Dorset". Enfin, quoi qu'il en soit, il n'y a pas eu de jurisprudence depuis l'affaire R. v. Watts and Watts en 1830, qui avait suscité de la part du lord juge Tenterden les commentaires inexacts que nous avons critiqués précédemment[96].

La rareté des précédents et l'absence de causes portant directement sur les perquisitions en vertu du mandat de main-forte dans la jurisprudence britannique s'expliquent par les limites, imposées en partie par le truchement de la loi par les commissaires des douanes relativement à l'utilisation faite du mandat dans la pratique[97]. Malgré toute la

latitude qui, en théorie ou en droit strict, a caractérisé le régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte en Angleterre du début du XVIII^e siècle au milieu du XIX^e siècle, dans la pratique, les perquisitions étaient réglementées, chaque cas d'emploi devant être attesté, voire même vérifié sous serment. Cette circonspection a peut-être permis aux responsables des douanes d'éviter des contestations ennuyeuses mais le silence de la jurisprudence ne veut pas dire que le régime ne comportait que des avantages. Entre la rareté de la jurisprudence et l'absence totale de doctrine, l'information valable en matière de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte a toujours été insuffisante. Il semble que cette information n'ait pas été trop abondante non plus chez les détenteurs des secrets d'État. Il s'agit là de la meilleure explication des déformations qu'à subies la législation dans ce domaine à travers l'histoire. Ces déformations qui ont éloigné le régime canadien de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte de ses origines doctrinales, pour donner naissance à un régime complètement différent, ne peuvent s'expliquer que par la difficulté même pour les procureurs de la Couronne de se documenter convenablement.

En particulier, il semble qu'on ait perdu de vue la doctrine de la "ressource secrète du droit" énoncée par Coke dans son ouvrage intitulé Third Institute. Dans son importante opinion de 1768, qui avait été distribuée à toutes les cours supérieures en Amérique du Nord britannique, le procureur général William De Grey avait souligné que le mandat de main-forte en matière de douane était "fondé sur le common law". Toutefois, il n'avait pas précisé sur quelle doctrine du common law il reposait. S'il avait fait cette précision, la postérité en aurait sans doute tiré encore davantage de profit. Malheureusement, la "ressource secrète" est demeurée secrète trop longtemps.

ANNEXE A

Mandat de main-forte (britannique) au milieu du XVIII^{e} siècle

George Deux, par la Grâce de Dieu, Roi de la Grande-Bretagne, de la France et [illegible] l'Irlande, Défenseur de la Foi c. --

À tous les préposés et ministres, actuels et futurs, qui remplissent un office ou exercent un pouvoir relevant de la juridiction du Lord juge Amiral ou de notre Amirauté d'Angleterre, et à tous les vice-amiraux, juges de paix, maires, shérifs, constables, huissiers, chefs de bourg et à tous nos préposés, ministres et sujets résidant dans toutes les cités, villes, villages et comtés d'Angleterre, du pays de Galles et dans la ville de Berwick upon Tweed et à chacun de vous --

Salut: Sachez que, attendu qu'en vertu des lettres patentes émises sous notre grand sceau de Grande-Bretagne le 4 juillet de la trente-deuxième année de notre Règne, nous avons nommé et désigné nos loyaux et bien-aimés sujets, Sir John Evelyn Bart et messieurs Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash et Claudius Amyand commissaires responsables de l'administration et de la perception de nos douanes, subsides et autres droits mentionnés dans lesdites lettres patentes: durant notre bon plaisir et en vertu de la commission susdite nous avons conféré à nos dits commissaires ou à quatre ou plusieurs d'entre eux, le plein pouvoir et l'autorisation d'administrer et de percevoir tous les droits de douane, "droits de tonnage et de <u>pondage</u>" ainsi que toutes les autres sommes d'argent échus et à échoir et qui nous sont dus en raison de l'importation ou du transport commerciaux de biens, d'articles et de marchandises en Angleterre, au pays de Galles ou dans la ville de Berwick upon Tweed ou de leur exportation en dehors de l'Angleterre, du pays de Galles ou de la ville de Berwick upon Tweed conformément à la teneur et aux dispositions d'une certaine Loi du Parlement adoptée à Westminster le 25 avril de la douzième année du Règne de feu le Roi Charles II et ratifiée et confirmée subséquemment par une autre Loi du Parlement adoptée à Westminster le 8 mai de la treizième année du Règne de feu le Roi Charles II; et conformément aux différents tarifs et aux différentes valeurs s'appliquant à ces biens et à ces marchandises, tels qu'énumérés dans un certain cahier des tarifs et dans

certains règlements, ordonnances, directives et autorisations annexées audit cahier des tarifs et promulguées par lesdites lois, ou l'une d'elles, et promulguées, approuvées, ratifiées et confirmées par lesdites lois, ou l'une d'elles conformément à la teneur et aux dispositions d'une autre Loi du Parlement adoptée la première année du Règne de feu Sa Majesté le Roi Jacques II intitulée an Act for Settling the revenue on his Majesty for his life et également le plein pouvoir et l'autorisation d'administrer et de percevoir tous les droits de douane, subsides, droits et sommes d'argent échus et à échoir qui nous sont dus conformément à la teneur et aux dispositions de plusieurs lois du Parlement mentionnées dans lesdites lettres patentes et le plein pouvoir et l'autorisation d'administrer et de percevoir tous les autres droits de douane, droits et paiements qui nous sont ou qui nous deviendront autrement dus en raison de l'importation ou de l'exportation des mêmes biens, articles ou marchandises à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Angleterre, du pays de Galles ou de la ville de Berwick upon Tweed; de plus, nous avons, en vertu desdites lettres patentes, autorisé et habilité nos commissaires ou quatre ou plusieurs d'entre eux, durant notre bon plaisir comme susdit, à exécuter chacune des clauses des dites lettres patentes et chacune des dispositions de toute autre Loi ou Lois du Parlement qui concernent la perception ou la mise en sûreté des droits qui y sont mentionnés ou une partie de ceux-ci, et à faire toute chose légale qui, présentement, fait partie des attributions des commissaires relativement à la perception et à l'administration de nos douanes; de plus, en vertu de la commission que nous avons donnée à nos commissaires ou à quatre ou plusieurs d'entre eux, ces derniers sont autorisés et habilités à constituer et à nommer par écrit de temps à autre, sous leurs sceaux, des officiers subalternes dans chaque port de l'Angleterre, du pays de Galles ou de la ville de Berwick upon Tweed, suivant la nomination, le mandat et les directives des commissaires de la Trésorerie actuels ou à l'époque de la nomination, ou du lord Trésorier actuel, au gré de nos commissaires, et à suspendre ou destituer de temps à autre ces officiers si nos commissaires ou quatre ou plusieurs d'entre eux le jugent nécessaire ou utile pour le bon fonctionnement de notre Service en ces lieux; de plus, afin que tous les droits de douane, tous les droits de tonnage et de pondage, de même que toutes les sommes d'argent et autres sommes susdites nous soient versées et que nous en donnions quittance fidèlement nous avons conféré à nos commissaires ou à quatre ou plusieurs d'entre eux et à tous nos percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers qui surveillent tous les ports de l'Angle-

terre, du pays de Galles et de la ville de Berwick upon Tweed, le plein pouvoir et l'autorisation de monter à bord, de temps à autre, à leur gré, de jour et de nuit, de tout navire, bateau ou autre vaisseau naviguant, mouillant ou entrant dans un port, une baie ou un havre en Angleterre, au pays de Galles ou dans la ville de Berwick upon Tweed, afin de le fouiller et de le visiter ainsi que son équipage, pour les seules fins susdites et de pénétrer de jour dans les voûtes, cales, entrepôts, magasins et dans tout autre endroit dans lequel sont cachés ou soupçonnés d'être cachés des biens, articles ou marchandises à l'égard desquels les droits de douane, les subsides et autres droits et sommes d'argent susmentionnés n'ont pas été ou ne seront pas dûment acquittés et payés aux percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers susmentionnés ou tel qu'il a été convenu conformément à l'esprit de la loi; d'ouvrir par la force toutes les malles, de même que tous les coffres, boîtes et colis qui se trouvent à l'intérieur de ces voûtes, cales, entrepôts, magasins et tout endroit; et de faire toute autre chose jugée nécessaire pour le bon fonctionnement de notre Service, selon le cas conformément aux dispositions des lois de l'Angleterre tel qu'il est prescrit, (entre autres) dans ladite commission. Par conséquent, nous vous enjoignons et vous ordonnons à tous sans exception de permettre à Sir John Evelyn Bart., et à messieurs Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash et Claudius Amyand ainsi qu'à tous les adjoints, ministres, préposés et autres officiers de nos commissaires et, de temps à autre à chacun d'eux, selon qu'ils jugeront utile, de monter à bord, de jour ou de nuit, de tout navire, bateau ou autre vaisseau naviguant, mouillant ou entrant dans un port, une baie ou un havre en Angleterre, au pays de Galles ou dans la ville de Berwick upon Tweed, afin de le fouiller et de le visiter, ainsi que son équipage, pour les seules fins susdites, conformément à la teneur, aux dispositions et à l'esprit de notre commission et conformément aux lois de l'Angleterre adoptées pour ces fins; et de pénétrer, de jour, dans les voûtes, cales, entrepôts, magasins et dans tout autre endroit où des biens, articles, ou marchandises sont cachés ou sont soupçonnés d'être cachés et à l'égard desquels les droits de douane, les droits de tonnage et de pondage et les autres sommes d'argent n'ont pas été ou ne seront pas dûment acquittés et payés à nos percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers ou tel que convenu conformément à l'esprit de la loi; afin d'inspecter, d'examiner et de chercher lesdits biens, articles et marchandises; et de faire toute autre

chose qui de droit et en vertu des lois de l'Angleterre sont nécessaires suivant la teneur et l'esprit de notre commission et des lois de l'Angleterre; de plus, nous vous enjoignons et vous ordonnons formellement d'aider, d'assister et de prêter main-forte à nos commissaires Sir John Evelyn Bart., et messieurs Richard Cavendish, Beaumont Hotham, Samuel Mead, Henry Pelham, William Levinz, Edward Hooper, Thomas Tash et Claudius Amyand, et à leurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers, dans l'exécution des présentes comme il se doit, et de ne pas omettre de prêter votre concours sous peine de sanction grave. Témoin, Sir Thomas Parker, chevalier, à Westminster, le 28e jour de mai dans la 23e année de notre Règne. Au nom du Registraire, etc. et au nom des barons

Signé
Masham

ANNEXE B

Opinion du procureur général William De Grey au sujet de la délivrance des mandats de main-forte en Amérique, 1768

7 Geo. III
chap. 46

En vertu de cette loi du Parlement, après les mots "Attendu qu'en vertu d'une loi du Parlement adoptée au cours de la quatorzième année du règne de Charles II et intitulée An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in His Majesty's Customs et de plusieurs autres lois actuellement en vigueur, tout préposé des douanes de Sa Majesté est fondé, s'il est autorisé par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, à prendre avec lui un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question, et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant, à saisir, puis à emporter tout bien ou marchandise, interdit ou introduit en contrebande, et à placer ces derniers en sûreté dans l'entrepôt de Sa Majesté le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu; et après les mots "Attendu qu'en vertu d'une loi adoptée au cours des septième et huitième années du règne de Guillaume III et intitulée An Act for Preventing Frauds and regulating Abuses in the Plantation Trade, il est, entre autres, prescrit que les préposés chargés de percevoir et d'administrer les douanes de Sa Majesté, et d'inspecter le commerce dans les plantations en Amérique ont les mêmes pouvoirs et la même autorité que les préposés en Angleterre, en vertu de ladite Loi datant de la quatorzième année du règne de Charles II, pour pénétrer dans les maisons ou les entrepôts, pour rechercher et saisir les biens dont l'importation ou l'exportation est interdite dans lesdites plantations, ou à l'égard desquels des droits de douane sont payables ou auraient dû être payés, et doivent recevoir la même assistance, dans l'exécution de leurs fonctions, que celle qui est accordée aux préposés en Angleterre par ladite loi. Mais comme le pouvoir de décerner les mandats de main-forte aux préposés des douanes dans lesdites plantations n'a été accordé à aucune Cour en particulier par ladite Loi adoptée au cours de la septième et de la huitième années du règne de Guillaume III, il est douteux que ces préposés puissent légalement pénétrer dans les maisons et autres lieux sur la

terre ferme, afin de rechercher et de saisir les biens de la façon prévue par lesdites lois. Afin d'écarter tout doute à l'avenir, et pour donner effet à l'esprit desdites lois, il est prescrit qu'à partir du vingtième jour du mois de novembre mil sept cent soixante-sept, la Cour supérieure ou la Cour suprême ayant juridiction dans la colonie ou la plantation, selon le cas, pourra délivrer des mandats de main-forte pour autoriser et habiliter les préposés des douanes de Sa Majesté à pénétrer dans toute maison, magasin, cave ou autre endroit, dans les colonies ou les plantations britanniques d'Amérique, et à rechercher et à saisir les biens interdits ou introduits en contrebande, de la façon prévue par lesdites lois.

Conformément à cette Loi du Parlement, les préposés des douanes en Amérique ont demandé aux juges des Cours de justice supérieures dans leurs provinces respectives de délivrer des mandats de main-forte, mais la plupart des magistrats ont refusé de les délivrer parce que, semble-t-il, ils n'avaient reçu aucun renseignement probant relativement à des circonstances spéciales pouvant justifier la délivrance de ces mandats et que, par conséquent, il serait illégal de confier à des préposés des mandats qui leur confèrent un pouvoir discrétionnaire d'agir de la façon qu'ils jugeraient appropriée. Il importe toutefois de souligner que si des mandats de main-forte de portée générale n'étaient pas accordés aux préposés, l'objet véritable de la loi serait dans la plupart des cas contourné car si les préposés devaient, chaque fois qu'ils avaient connaissance ou apprenaient que des biens interdits ou introduits en contrebande étaient cachés, présenter devant la Cour suprême une requête pour la délivrance d'un mandat de main-forte, cette procédure occasionnerait un délai susceptible d'entraîner le déplacement des biens cachés. Une enquête sur la procédure de délivrance des mandats de main-forte en Angleterre a révélé que la Cour de l'Échiquier délivre ces mandats chaque fois que les commissaires des douanes en font la demande. Chaque préposé des douanes en Angleterre est détenteur d'un mandat de main-forte et dès qu'un nouveau préposé entre en fonction, les commissaires demandent à leur conseiller juridique d'obtenir un mandat de main-forte que les greffiers de la Cour de l'Échiquier délivrent sans qu'il soit nécessaire de présenter une requête en ce sens au tribunal. Ce mandat, qui s'adresse à tous les préposés et ministres relevant de la juridiction du Lord juge Amiral de l'Angleterre, à tous les vice-amiraux, juges de paix, maires, shérifs, constables, huissiers, chefs de bourg et à tous les autres officiers, ministres et sujets

du Roi, ordonne à ceux-ci d'aider, d'assister et de prêter main-forte aux commissaires des douanes, de même qu'à leurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers dans l'exécution de leurs fonctions.

Q. Les cours supérieures dans les colonies ou plantations britanniques en Amérique ne devraient-elles pas, sur demande, délivrer des mandats de main-forte selon la procédure suivie devant la Cour de l'Échiquier d'Angleterre? Quelles mesures le gouvernement doit-il prendre pour assurer la délivrance de ces mandats et la protection des préposés des douanes à l'étranger?

Il ne fait pas de doute que la loi adoptée au cours de la septième année du règne de George III oblige les cours supérieures en Amérique à délivrer ces mandats de main-forte aux préposés des douanes comme y est obligée, dans les mêmes circonstances, la Cour de l'Échiquier en Angleterre.

Étant donné que plusieurs juges dans les colonies n'étaient probablement pas familiers avec cette procédure, et il semble qu'ils n'aient pas eu la chance de se renseigner à ce sujet, il est peut-être normal, dans une certaine mesure, qu'ils aient voulu prendre le temps d'y réfléchir et de se renseigner sur la procédure suivie devant la Cour de l'Échiquier et dans les autres colonies. Je pense que seule l'ignorance de la procédure en question et de la pratique britannique explique le fait que le juge en chef de la Pennsylvanie, qui par ailleurs jouit d'une bonne réputation, a pu s'imaginer qu'il n'était pas "autorisé par la loi" à délivrer un mandat établi par la législature, fondé sur le common law, sanctionné par des Lois du Parlement, utilisé quotidiennement en Angleterre et qui, au sens de la loi adoptée au cours de la septième année du règne de Guillaume III -- loi récente ayant un caractère explicatif -- aurait dû prendre racine en Amérique. Aussi, il semble qu'à Boston, où siège un juge très compétent et où cette question a déjà été débattue, la délivrance du mandat de main-forte n'a soulevé aucun problème.

Par conséquent, je recommande la distribution d'un exemplaire du mandat délivré en Angleterre par la Cour de l'Échiquier dans toutes les colonies d'Amérique de même que de la procédure régissant la demande de mandat et la délivrance du mandat. Ainsi, les tribunaux coloniaux seront à même de constater que le pouvoir du préposé des douanes lui est conféré par une loi du Parlement et non par ce mandat,

lequel ne fait que faciliter l'exercice du pouvoir de perquisition en rendant coupable d'outrage au tribunal quiconque ne se conforme pas à l'ordonnance qu'il contient. En effet, le mandat ne fait qu'obliger ses destinataires à permettre le libre exercice du pouvoir de perquisition et à prêter main-forte à son titulaire. Le mandat est une notification de l'identité du détenteur aux constables et aux autres personnes visées par le mandat, et constitue pour les sujets une sauvegarde à l'encontre de ceux qui pourraient tenter d'usurper ces pouvoirs. Seul un préposé des douanes muni d'un tel mandat peut exercer ces pouvoirs. Le mandat n'est pas délivré sur la foi de renseignements établis précédemment, ni à des particuliers, ni pour une fin spécifique. Ces difficultés existaient avec la Loi 12 Chas. II, chap. 19 mais la procédure actuelle a remplacé celle qui était prévue dans cette Loi.

[signé] William De Grey
le 20 août 1768

(PRO T1/465)

ANNEXE C

Modèle de mandat de main-forte pour l'Amérique du Nord britannique 1768-69

Province de

George Trois, par la Grâce de Dieu, Roi de la Grande-Bretagne, de la France et de l'Irlande, Défenseur de la Foi, etc.

À tous les préposés et ministres, actuels et futurs, qui remplissent un office ou exercent un pouvoir relevant de la juridiction du Lord juge Amiral de notre Amirauté d'Angleterre, et à tous nos vice-amiraux, juges de paix, maires, shérifs, constables, huissiers, chefs de bourg et à tous nos préposés, ministres et sujets résidant dans toutes les cités, villes, villages et comtés de notre dite province.

SACHEZ QUE, attendu qu'en vertu des lettres patentes délivrées sous notre grand sceau de Grande-Bretagne le 8 septembre de la septième année de notre règne, nous avons nommé et désigné nos loyaux et bien-aimés sujets messieurs Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Paxton et John Robinson commissaires responsables de l'administration et de la perception de nos douanes, subsides et autres droits mentionnés dans lesdites lettres patentes, durant notre bon plaisir, et en vertu de notre commission susmentionnée, nous avons conféré à nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus le plein pouvoir et l'autorisation d'administrer et de percevoir tous les droits de douane et autres droits, ainsi que toutes les autres sommes d'argent échus et à échoir et qui nous sont dus en raison de l'importation ou du transport commerciaux de biens, d'articles et de marchandises dans l'une de nos colonies, plantations ou provinces situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride, ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et désignées sous le nom d'îles Bahamas, conformément à la teneur et aux dispositions de certaines Lois du Parlement adoptées à ces fins; de plus, nos commissaires sont autorisés et habilités à administrer et à percevoir tous les droits de douane, droits, paiements et autres sommes d'argent échus et à échoir et qui nous sont dus conformément à la teneur et aux dispositions de certaines Lois du Parlement mentionnées dans lesdites

lettres patentes et à administrer et à percevoir tous les autres droits de douane, droits et paiements autrement échus et qui nous sont dus en raison de l'importation ou de l'exportation de biens, d'articles ou de marchandises à l'intérieur ou à l'extérieur de l'une de nos colonies, plantations ou provinces situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride, ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et désignées sous le nom d'îles Bahamas. De plus, en vertu de nos dites lettres patentes, nous avons autorisé et habilité, durant notre bon plaisir comme susdit, nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus à exécuter chacune des clauses desdites lettres patentes et chacune des dispositions de toute autre Loi ou Lois du Parlement qui concernent la perception ou la mise en sûreté des droits qui y sont mentionnés ou d'une partie de ceux-ci, et à faire toute chose légale qui, présentement, fait partie des attributions des commissaires relativement à la perception et à l'administration de nos douanes. De plus, en vertu de la commission susmentionnée, nous avons autorisé et habilité nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus à constituer et à nommer par écrit, de temps à autre, sous leurs sceaux, des officiers subalternes dans chaque port de nos colonies, plantations et provinces situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride, ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et désignées sous le nom d'îles Bahamas, suivant la nomination, le mandat et les directives des commissaires de la Trésorerie actuels ou à l'époque de la nomination, au gré de nos commissaires, et à suspendre ou à destituer de temps à autre ces officiers si nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus le jugent nécessaire ou utile pour le bon fonctionnement de notre Service en ces lieux. De plus, afin que tous les droits de douane et autres droits, de même que toutes les sommes d'argent et autres sommes susmentionnées nous soient versés et que nous en donnions quittance fidèlement, nous avons autorisé et habilité nos commissaires ou trois d'entre eux ou plus et tous nos percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers qui surveillent tous les ports de nos colonies, plantations et provinces situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride, ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et

désignées sous le nom d'îles Bahamas, à monter à bord, de temps à autre, à leur gré de jour et de nuit, de tout navire, bateau ou autre vaisseau naviguant, mouillant ou entrant dans un port, une baie ou un havre dans nos colonies, plantations et provinces, situées sur le continent américain entre le détroit connu sous le nom de détroit de Davis et les caps de la Floride ainsi que toutes les îles et tous les territoires voisins qui en font partie, y compris notre île des Bermudes et nos îles connues et désignées sous le nom d'îles Bahamas, afin de le fouiller et de le visiter, ainsi que son équipage, pour les seules fins susdites, et à pénétrer de jour dans les voûtes, cales, entrepôts, magasins et dans tout autre endroit dans lequel sont cachés ou soupçonnés d'être cachés des biens, articles ou marchandises à l'égard desquels les droits de douane et autres droits et sommes d'argent susmentionnés n'ont pas été ou ne seront pas dûment acquittés ou payés aux percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers susmentionnés ou tel qu'il a été convenu conformément à l'esprit de la loi; à ouvrir, par la force, toutes les malles et les boîtes, de même que tous les coffres et colis qui se trouvent à l'intérieur de ces voûtes, cales, entrepôts, magasins et tout autre endroit. Ils sont également autorisés et habilités à faire toute autre chose qu'ils jugeront nécessaire pour le bon fonctionnement de notre Service, selon le cas, conformément aux dispositions des lois de l'Angleterre, tel qu'il est prescrit, entre autres, dans ladite commission. Par conséquent, nous vous enjoignons et vous ordonnons à tous sans exception de permettre à messieurs Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Baxton et John Robinson ainsi qu'à tous leurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers et à chacun d'eux, selon qu'ils jugeront utile, de monter à bord, de temps à autre, à leur gré de jour et de nuit, de tout navire, bateau ou vaisseau naviguant, mouillant ou entrant dans un port, une baie ou un havre de notre dite province, afin de le fouiller et de le visiter, ainsi que son équipage, pour les seules fins susdites, conformément à la teneur, aux dispositions et à l'esprit de notre Commission et conformément aux lois de l'Angleterre adoptées à ces fins; et de pénétrer, de jour, dans les voûtes, cales, entrepôts, magasins et dans tout autre endroit où des biens, articles et marchandises sont cachés ou soupçonnés d'être cachés et à l'égard desquels les droits de douane et autres sommes d'argent n'ont pas été ou ne seront pas acquittés et payés à nos percepteurs, percepteurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers ou tel que convenu conformément à l'esprit de la loi; d'inspecter, d'examiner et de chercher lesdits biens, articles et

marchandises susmentionnés; et de faire toute autre chose qui de droit et en vertu des lois de l'Angleterre sont nécessaires suivant la teneur et l'esprit de notre commission et des lois de l'Angleterre. De plus, nous vous enjoignons et vous ordonnons formellement d'aider, d'assister et de prêter main-forte, de temps à autre, à nos commissaires messieurs Henry Hulton, John Temple, William Burch, Charles Paxton et John Robinson ainsi qu'à leurs adjoints, ministres, préposés et autres officiers dans l'exécution des présentes comme il se doit, et de ne pas omettre de prêter votre concours sous peine de sanction grave.

Témoin, monsieur , à ce jour de dans la année de notre règne.

RENVOIS

1. 7 Geo. III, chap. 46, art. 10.

2. C. F. Adams, éd., Life and Works of John Adams, vol. 10 (Boston, 1856), à la p. 248.

3. Voici la teneur du quatrième amendement à la Constitution des États-Unis:

> [TRADUCTION]
>
> Le droit des citoyens à la protection de leur personne, de leur maison, de leurs documents et de leurs effets contre les perquisitions et les saisies déraisonnables, ne peut être violé et aucun mandat ne peut être délivré, sauf en raison de motifs suffisants, appuyés d'un serment ou d'une affirmation, et spécifiant l'endroit qui doit faire l'objet de la perquisition, et les objets qui doivent être saisis.

4. Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40; Loi sur l'accise, S.R.C. 1970, chap. E-12; Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1; Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27.

5. Voir ci-dessous le renvoi 52.

6. Deux ans auparavant, De Grey avait émis une opinion concernant les problèmes qui s'étaient posés dans les colonies, relativement aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte. Nous étudierons plus en détail l'opinion de 1766, de même que ses causes et ses effets, aux pages 38 et suivantes.

7. Voir l'Annexe de Horace Gray Jr. (qui devint plus tard juge à la Cour suprême des États-Unis) in S. M. Quincy éd., Reports of Cases Argued and Adjudged in the Superior Court of Judicature of the Province of Massachusetts Bay Between 1761 and 1772 by Josiah Quincy Jr. (Boston, 1865) 395, aux p. 395-400.

8. 13 et 14 Car. II, chap. 11.

9. R. v. Watts and Watts (1830), 1 B. & Ad. 166, à la p. 175.

10. On trouve dans l'ouvrage intitulé Lives of the Chief Justices of England, de lord Campbell, vol. 3 (Londres, 1857), à la p. 309, le commentaire suivant à propos du lord juge en chef Tenterden: [TRADUCTION] "il n'eut jamais la réputation d'être infaillible".

11. Edward Coke, The Third Part of the Institutes of the Laws of England, 6e éd. (Londres, 1680), à la p. 162.

12. F. W. Maitland, "The History of the Register of Original Writs", in Select Essays in Anglo-American Legal History II (Boston, 1908), à la p. 558; voir aussi les p. 559-560.

13. Tiré de Statesmen in the Times of George III de Brougham, par Lord Denning M.R. dans Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones, [1968] 2 Q.B. 299, à la p. 308.

14. On trouvera plus de détails concernant cette proclamation dans M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), aux p. 23-24.

15. Hill v. Barnes (1777), 2 W. Black. 1135, à la p. 1137. Voir aussi Scott v. Shearman (1775), 2 W. Black. 977, à la p. 977, où le défendeur, un préposé des douanes, a dit au demandeur et à sa femme que [TRADUCTION] "s'ils ne lui donnaient pas les clés, il ouvrirait par la force les serrures; en conséquence, il alla chercher un constable à qui il montra son mandat de main-forte, et ouvrit par la force les serrures des pièces, des placards et des tiroirs, et emporta vingt chopines de genièvre".

16. Voir ci-dessous l'Annexe B, et la page 18 ci-dessus.

17. 4 Geo. 2, chap. 26.

18. 12 Car. II, chap. 19. Pour plus de détails sur cette question, voir les pages 31 à 34 et la note 84, ci-dessous.

19. 1 Eliz. 1, chap. 11.

20. Acts of the Privy Council May 1629 -- May 1630 (Londres, 1960) à la p. 1135.

21. M. Hale, History of the Pleas of the Crown, vol. 2 (Londres 1736), à la p. 150.

22. Voir l'opinion du procureur général De Grey à l'annexe B, au sujet du "pouvoir" conféré par les dispositions du paragraphe 5(2): [TRADUCTION] "seul un préposé des douanes muni d'un tel mandat peut exercer ce pouvoir".

23. Voir la note 21 ci-dessus, à la p. 150.

24. W. S. Holdsworth, History of English Law, vol. 5 (Londres, 1924), à la p. 482.

25. "Concerning the Custom of Goods Imported and Exported", dans F. Hargrave, éd., Law Tracts (Dublin, 1757).

26. Voir M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), aux p. 23-24.

27. Voir à la partie V, la note 84.

28. 1 Jac. II, chap. 1.

29. Voir Smith, op. cit., à la p. 49.

30. (1719), 6 Geo. I, chap. 21.

31. 7 et 8 Gul. III, chap. 22.

32. Smith, op. cit., chapitre 16.

33. PRO T1/543.

34. Les "procurations" étaient des documents constatant la nomination des préposés des douanes, et étaient délivrés par les commissaires des douanes en vertu d'un mandat du ministère des Finances.

35. Voir par exemple le texte cité dans les Quincy's Reports, à la p. 433.

36. Le fait que le Cour supérieure du Massachusetts ait eu la juridiction d'une Cour de l'Échiquier, en vertu d'une loi de la législature provinciale, semble avoir influencé la décision antérieure de cette Cour en faveur des mandats de main-forte.

37. PRO T1/543. Voir la note 33 ci-dessus. Voir aussi la note 6.

38. (1584), 3 Co. Rep. 7a.

39. Les questions abordées dans cette section sont traitées de façon plus détaillée dans l'ouvrage de M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), chapitre 18.

40. PRO T27/29. Voir Smith, op. cit., à la p. 451.

41. PRO T29/38. Voir Smith, op. cit., à la p. 452.

42. Voir ci-dessus aux pages 15 et 16.

43. Voir ci-dessus aux pages 34 et suivantes.

44. 6 Geo. 1, chap. 21.

45. Voir O. M. Dickerson, "Writs of Assistance as a Cause of the Revolution" in Richard B. Morris, éd., The Era of the American Revolution (New York, 1939); voir aussi Smith, op. cit., chapitre 1.

46. Voir ci-dessous aux pages 53 à 87.

47. Smith, op. cit., chapitre 16.

48. Pour une étude plus exhaustive, ibid., chapitre 21.

49. Un exemplaire de l'affaire et de l'opinion (sans doute celui qui fut envoyé à Halifax) se trouve dans les Archives publiques de la Nouvelle-Écosse: RG 31. Voir également Quincy's Reports, aux pages 452 à 454, dans lesquels Horace Grey reproduit [TRADUCTION] "une copie qui se trouvait dans les dossiers de la session de mars 1769 de la Cour supérieure de la colonie du Rhode Island".

50. Voir l'annexe C. D'après la correspondance du conseiller juridique David Lisle, classée avec les documents de Boylston au Massachusetts Historical Society de Boston, trois cents exemplaires du modèle du mandat furent imprimés (fol. 13: Lisle aux commissaires, 23 janvier 1769). Le projet de mandat du conseiller Lisle avait été approuvé par Thomas Hutchinson, juge en chef du Massachusetts (fol. 12: Lisle aux commissaires, non daté). Il semble (fol. 14) que non seulement les copies du modèle, dont certaines parties avaient été laissées en blanc, aient été distribuées mais également un spécimen montrant comment les blancs avaient été remplis par la Cour

supérieure du Massachusetts. Le spécimen envoyé à Halifax se trouve dans les Archives publiques de la Nouvelle-Écosse: RG 31.

Pour le texte de la lettre (écrite par Lisle) aux procureurs généraux, voir Quincy's Reports, à la p. 506 et fol. 14 de la correspondance de David Lisle.

51. Dans son édition du 11 septembre 1769, le Boston Gazette chercha à faire honte aux instances locales en annonçant désobligeamment que [TRADUCTION] "toutes les provinces d'Amérique, à l'exception de Massachusetts-Bay et de Halifax, ont refusé de délivrer des mandats de portée générale ou mandats de main-forte (...): même les petites colonies de la Georgie et de la Floride ont carrément refusé". Toutefois, le 20 octobre 1772, les commissaires des douanes américains annonçaient que la Floride de l'Est et la Floride de l'Ouest figuraient parmi les colonies qui avaient délivré le mandat; ils mentionnaient également le New Hampshire (qui, effectivement, avait suivi l'exemple du Massachusetts en délivrant semblable mandat au début des années 1760): PRO T1/492.

52. Ibid. La Nouvelle-Écosse avait cependant connu les réticences du début. Voir PRO T1/465, le rapport du 1er mars 1768 du bureau des douanes de Halifax aux commissaires, dans lequel on rapporte les propos du juge en chef Jonathan Belcher: [TRADUCTION] "la Cour est toujours disposée à délivrer ces mandats et à fournir toute autre aide ou assistance aux préposés des douanes, conformément aux exigences de la Loi" mais il dit ignorer [TRADUCTION] "quelle est la procédure applicable dans de telles circonstances et [il est] dans le doute pour ce qui est de l'opportunité de confier ces mandats aux douaniers; à ce moment-ci, le greffier devrait disposer de mandats en blanc prêts à être délivrés sur présentation d'une requête, et lorsque la Cour sera informée que cette procédure est en vigueur dans d'autres colonies, elle la suivra également". On ignore ce qui, exactement, a convaincu le juge Belcher de changer d'avis (sauf que, si l'on se fie à l'article de journal mentionné à la note 51 ci-dessus, cette volte-face s'est produite en septembre 1769). Cependant, parmi les documents portant les numéros RG 31 et 40 (vol. 8) dans les Archives publiques de la Nouvelle-Écosse, se trouvent les copies de deux mandats de main-forte, l'un délivré

en 1759 en Angleterre, l'autre en 1761 par la Cour supérieure du Massachusetts, peu après le fameux débat. Les deux mandats portent la date de confection des copies, soit le 20 avril 1768, à Halifax (les textes originaux ayant probablement été retournés à Boston après cette date). Il se pourrait que les documents probants sur l'utilisation des mandats au Massachusetts aient convaincu le tribunal de la Nouvelle-Écosse de délivrer de semblables mandats de portée générale en 1768 (soit longtemps avant la distribution au début de 1769 de l'opinion du procureur général De Grey, etc.). Voir les notes 49 et 50 et les textes ci-dessus.

Le mandat de main-forte du Massachusetts avait été rédigé par le juge en chef Hutchinson (voir la note 50 ci-dessus; voir également M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978) aux pages 413 et 414) à partir d'un modèle britannique obtenu par William Bollan, le représentant de la province à Londres. Il est fort possible que ce modèle était le même qui, en 1768, avait été copié à Halifax puisque la copie de Halifax porte la mention que Bollan avait lui-même écrite sur le mandat qu'il avait fait parvenir à Boston en 1761: [TRADUCTION] "N.B. Ces mandats sont délivrés par l'officier compétent de la Cour de l'Échiquier, sur demande des commissaires des douanes, sans qu'il soit nécessaire de produire une déclaration assermentée ou une ordonnance du tribunal" (Smith, op. cit., à la p. 541). Le mandat du Massachusetts avait été délivré au nom de Charles Paxton du bureau des douanes de Boston. Il est fort probable que ce dernier connaissait le juge en chef de la Nouvelle-Écosse Jonathan Belcher étant donné que le père du juge Belcher, anciennement gouverneur du Massachusetts, était l'ami de Paxton. Il n'est donc pas étonnant que ce soit par le truchement du lien entre Belcher et Paxton que les documents du Massachusetts furent reproduits à Halifax en 1768. Paxton avait sans doute accès non seulement aux archives du bureau des douanes de Boston mais aussi à celles de la Cour supérieure. En effet, Paxton et le juge en chef Hutchinson étaient de vieux amis.

53. En 1772, le common law était le seul droit en vigueur au Québec. Par conséquent, les origines doctrinales du mandat de main-forte en matière de douane ne

posaient pas de problème et ce, même après l'Acte de Québec de 1774, dans la mesure où le mandat faisait partie du droit pénal.

54. PRO T1/492. C'est en 1769 que les procureurs généraux des différentes colonies se voyaient demander pour la première fois de requérir la délivrance de mandats de main-forte au nom des préposés des douanes. Une lettre de cette nature fut envoyée le 17 octobre 1772 à Phillips Calbeck, procureur général de l'Île Saint-Jean (voir la correspondance de David Lisle, à la note 49 ci-dessus, fol. 49). Cette lettre ayant été envoyée à "l'île Saint-Jean Terre-Neuve", on peut présumer que les premières lettres furent égarées. La perte du courrier, vu la confusion du nom des villes, soit Saint-Jean (Nouveau-Brunswick) et Saint-Jean (Terre-Neuve), est l'une des raisons du changement de nom de l'île Saint-Jean pour Île-du-Prince-Édouard, qui s'est opéré en 1799.

55. PRO T1/492. Le 10 juillet 1769, le bureau des douanes de Saint-Jean (T.-N.) fut dérouté par une directive émanant des commissaires relativement à l'obligation pour le procureur général de présenter les requêtes pour la délivrance de mandats [TRADUCTION] "Nous n'avons jamais eu de procureur général dans cette province". Il y eut un autre incident semblable le 20 novembre 1771.

56. Les [TRADUCTION] "délégations de pouvoir" qui permettaient aux commissaires des douanes américains de désigner certains de leurs officiers subalternes précisaient que le fondé de pouvoir

> [TRADUCTION]
> est habilité (...) s'il est muni d'un mandat de main-forte délivré par la Cour supérieureou la Cour suprême de Sa Majesté à prendre avec lui un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt ou autre endroit quel qu'il soit, situé non seulement dans ledit port mais également dans tout port ou lieu qui relève de notre juridiction, pour y perquisitionner avec diligence, et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute

> porte, coffre, malle, colis ou autre contenant pour chercher tout bien, article ou marchandise dont l'importation ou l'exportation est interdite, ou à l'égard desquels des droits de douane ou autres droits n'ont pas été payés, et à saisir ces biens au nom de Sa Majesté et à les placer en sécurité dans l'entrepôt du port le plus près de l'endroit où la saisie a eu lieu (...)

Ce long exposé constituait l'essence de la délégation de pouvoir. Il existait encore quelque chose de semblable au milieu du vingtième siècle dans la procuration du préposé des douanes et de l'accise britannique. (Un excellent exemple de la délégation de pouvoir des commissaires américains se trouve à la bibliothèque de l'Université du Nouveau-Brunswick.) Voir Horne v. Boosey (1733), 2 Str. 952.

57. Comme l'indique le modèle formel de 1768-1769 du mandat pour l'Amérique du Nord britannique reproduit en annexe (Annexe C) (calqué sur l'original britannique et qui ne fait que requérir main-forte), ce n'est que plus tard, lorsque les dernières colonies nord-américaines étaient à nouveau assujetties au lointain régime britannique, relativement plus souple, que l'article 10 contaminera les mandats de main-forte. L'opinion du procureur général De Grey qui, en 1768, s'était donné du mal pour faire entrer les mandats prévus à l'article 10 du Revenue Act de 1767 dans le cadre de l'ancienne Loi de 1662, ne fait que confirmer l'intention du législateur en 1767 de ne pas introduire de changements de grande portée.

58. PRO Customs 34/280.

59. Archives nationales du Canada, RG5 B32. Ce mandat fut calqué sur une copie du modèle formel délivré dans le Haut-Canada au cours du règne de Guillaume IV. Certaines modifications appropriées furent insérées à la main.

60. 6 Geo. IV, chap. 114; voir la note 14 et le texte ci-dessous.

61. Voir Smith, op. cit., aux pages 11 et 13.

62. Ibid., aux pages 15 et 16, et 56 à 58.

63. 1 Ann. stat. 1, chap. 8: mais la durée était de six mois.

64. 3 & 4 Guil. IV, chap. 59.

65. 6 Geo. IV, chap. 105.

66. 6 Geo, IV, chap. 108, art. 40.

67. 47 Geo. III, chap. 16 (dans PRO Customs 34/519). Aucun modèle de mandat de main-forte libellé de cette façon n'a été trouvé; on peut se demander si la mention d'une déclaration assermentée ne se rattachait pas à des mandats spécifiques. Voir également la note 74 ci-dessous.

68. 31 Vict., chap. 6.

69. L'article 125 de l'Acte concernant le Revenu de l'Intérieur 31 Vict., chap. 8 touchant la perquisition en matière d'accise en vertu d'un mandat de main-forte renferme des dispositions analogues.

70. [1965] 2 Ex. C.R. 645, aux pages 651 et 652.

71. Ibid., à la page 652.

72. Malgré les derniers mots du texte de l'article 77, on ne peut interpréter cet article comme constituant une obligation de prêter main-forte au-delà de ce qui est nécessaire pour l'application de la Loi sur l'accise. Cette limite découle de la définition du terme "préposé" à l'article 2.

73. Voir la note 69 ci-dessus.

74. La loi de 1807 du Nouveau-Brunswick concernant le régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte (pages 68 et 69), qui par ailleurs est excellente, ne renferme aucune disposition relative à l'obligation de prêter main-forte.

75. Voir à la page 64 ci-dessus.

76. Voir à la page 86 ci-dessous.

77. Voir M. H. Smith, The Writs of Assistance Case (Berkeley, 1978), à la page 130.

78. Voir la citation du juge Jackett, aux pages 71 et 72 ci-dessus.

79. En fait, la Loi sur les stupéfiants et la Loi des aliments et drogues désignent le Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social à cette fin. Toutefois, depuis le 22 mars 1978, c'est le Procureur général du Canada qui doit se porter demandeur dans une requête pour la délivrance de mandats de main-forte en vertu de ces lois et de la Loi sur les douanes et de la Loi sur l'accise. Depuis le décret du 9 mars 1978, enregistré le 22 mars 1978 et portant le numéro C.P. 1978-732, pris en vertu de la Loi sur les remaniements et les transferts dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-34, (laquelle prévoit à l'article 2 que le gouverneur en conseil peut "transférer les pouvoirs, devoirs ou fonctions, (...) d'un ministre de la Couronne à tout autre ministre de la Couronne"), la responsabilité de demander la délivrance de mandats en vertu de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues a été transférée du Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social au Procureur général du Canada.

80. [1965] 2 Ex. C.R. 645, aux pages 650 et 651.

81. (1977), 34 C.C.C. (2d) 62. L'arrêt a été publié deux ans après que le jugement a été rendu.

82. Ibid., à la page 64.

83. Ibid., à la page 63.

84. À propos de l'inadéquate Loi 12 Chas. II, chap. 19, voir aux pages 19, 31 à 34 ci-dessus et la référence qui y est faite au dernier paragraphe de l'opinion du procureur général De Grey jointe à l'annexe B. Le successeur de De Grey, Edward Thurlow, a lui aussi jugé sévèrement cette loi: Smith, op. cit., aux pages 522 et 523. La réapparition de cette loi, sous une forme ou une autre, s'est avérée étonnamment permanente et marquante. Au Royaume-Uni, cette loi fait toujours partie du régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte sous la forme des paragraphes (3), (4) et (5) de l'article 161 du Customs and Excise Management Act de 1979 (1979, chap. 2). Cette dualité existe également dans la législation canadienne moderne: articles 134 et 139

de la Loi sur les douanes; articles 72 et 76 de la Loi sur l'accise; article 10 de la Loi sur les stupéfiants (dans ce cas, le mandat de perquisition et le mandat de main-forte); article 37 de la Loi des aliments et drogues (au même effet que la Loi sur les stupéfiants). La meilleure explication de ce dédoublement des procédures qui se poursuit au Canada comme en Angleterre en cette fin de vingtième siècle est l'incertitude chronique des quelques générations de législateurs qui se sont succédés, face à la rupture d'un statu quo trop solidement ancré. Pour une étude plus approfondie des origines du rapport entre mandat de perquisition et mandat de main-forte, voir Smith, op. cit., chapitre 4.

85. Voir aux pages 9 et 10 ci-dessus.

86. L'ouvrage le plus récent qui semble avoir traité le sujet avec quelque érudition est celui de John Phillip Reid intitulé In a Rebellious Spirit (University Park and London: Pennsylvania State University Press, 1979). Cet ouvrage étudie principalement les événements qui se sont produits au Massachusetts avant la révolution américaine, en particulier l'épisode de Malcom en 1766 (aux pages 45 et 46 ci-dessus). À en juger par le passage suivant, le régime de perquisition en vertu d'un mandat de main-forte doit être utilisé avec beaucoup de circonspection. Le mandat de main-forte servi à Malcom [TRADUCTION] "était, en résumé, un mandat de perquisition, autorisant des préposés des douanes à pénétrer de jour, de force si nécessaire, dans les entrepôts, magasins et maisons pour y chercher des biens introduits en contrebande" (page 25).

87. William Brown, Compendium of the Several Branches of Practice in the Court of Exchequer at Westminster.

88. Voici le texte du renvoi en bas de page (t) du paragraphe 61 intitulé Revenue dans la troisième édition du Halsbury's Laws of England (Londres, 1962):

> Le mandat de main-forte est un document délivré en vertu de lettres patentes par le bureau du Registraire de la Reine au Greffe principal de la Cour suprême. Ce mandat de main-forte ne doit pas être confondu avec le mandat de main-forte qui accompagne

> parfois les procédures d'exécution de jugement (...) Un certain nombre de ces mandats sont délivrés peu de temps après le début du règne d'un souverain. Ils restent en vigueur pendant toute la durée de ce règne et pendant les six mois qui suivent la fin du règne. [Autorité citée: la disposition législative qui depuis a été remplacée par le paragraphe 161(6) du Customs and Excise Management Act de 1979].

Ce passage constitue probablement l'étude la plus exhaustive sur le mandat de main-forte jamais publiée en Angleterre.

89. (1733), 2 Str. 952.

90. (1765), 19 St. Tr. 1002.

91. (1785), 4 Dougl. 339; sub nom. Cooper v. Booth (1785), 3 Esp. 135.

92. (1773), 2 W. Black. 912, 3 Wils. 434.

93. Bureau des archives de Norfolk, Norwich: archives de Walsingham (Maton) WLS IV/17 202.

94. (1775), 2 W. Black. 1002.

95. (1777), 2 W. Black. 1135.

96. Voir à la page 13 ci-dessus et la note.

97. Voir aux pages 52 et 53 ci-dessus.

POOR

QUALITY

ORIGINAL